

Revista

---

ISSN 2007-4700



Temal

MÉXICO

Número 24  
enero - junio 2024



## El derecho en un futuro posible: el logro de la justicia en *The Rover*



Sergio Alonso Rodríguez *Abogado y escritor*

**RESUMEN:** Los colapsos económicos o de otro tipo a escala global, que resulten irremediables y, por tanto, acerquen a la humanidad a su extinción, pueden originar un *statu quo* salvaje y anómico en apariencia, pero no necesariamente la ausencia total del derecho. En este texto se explicará cómo en *The Rover* (2014), película que imagina el comportamiento humano en un escenario casi apocalíptico, se advierten estructuras propias de un Estado más o menos funcional, lo cual implica la existencia de normas cuyo cumplimiento puede ser coactivo, así como la tendencia a hacerse justicia por propia mano, conducta prohibida por el artículo 17 de la Constitución federal de México.

**PALABRAS CLAVE:** derecho, anomia, venganza privada, ejército, justicia.

**ABSTRACT:** Economic or other types of collapse on a global scale, which can't be fixed and therefore bring humanity closer to extinction, can give rise to an apparently savage and anomic status quo, but not necessarily the complete absence of law. This text will explain how in *The Rover* (2014), a film that imagines human behavior in an almost apocalyptic scenario, characteristics of a more or less functional State can be observed, which implies the existence of rules that can be enforced, as well as the tendency to take justice into one's own hand, which is prohibited by article 17 of the Constitution of Mexico.

**KEYWORDS:** law, anomie, revenge, army, justice.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Persecución e investigación de delitos. 3. Justicia por propia mano versus autodefensa. 4. Policía inexistente: seguridad pública y fuerzas armadas. 5. Tragedia en Carloon. 6. Bibliografía. 7. Mesografía.

## 1. Introducción

*The Rover*<sup>1</sup> es un filme de 2014 dirigido por David Michôd y escrito por este y Joel Edgerton. Cuenta una historia extraña que tiene lugar en una Australia distópica, país que, como el resto del mundo, sufre los efectos de un “colapso” no descrito, pero que podría ser económico, dado que, en apariencia, el dinero ya no tiene valor alguno.

Los protagonistas son Guy Pearce y Robert Pattinson, quienes interpretan personajes con caracteres aparentemente disímiles, y que acaban haciendo tándem para lograr objetivos cuestionables, por decir lo menos. Lejos de pensar en recurrir a terceros para obtener una reparación, lo cual, por lo común, se espera de los miembros de una sociedad civilizada, deciden hacerse justicia por propia mano, lo cual refuerza la percepción del espectador de que la acción ocurre en un escenario anómico.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que, ahí donde subsista la certeza de que hay conductas punibles e instituciones encargadas de investigarlas y, en su caso, sancionarlas, habrá rastros de ese conjunto de normas generales, abstractas, imperativas y coercibles en que se manifiesta el derecho,<sup>2</sup> y que se crearon para ordenar y armonizar las relaciones entre los miembros del conglomerado social, justamente para evitar que arreglen sus diferencias por sí mismos.

A menos que haya flagrancia, el robo y el homicidio deben denunciarse para que las instancias de procuración e impartición de justicia ejerzan sus atribuciones. Por lo que hace a la investigación de los delitos, se esperaría la intervención de la policía, cosa que no ocurre en *The Rover*. Las cosas se han salido tanto de control que la seguridad pública es competencia del ejército.<sup>3</sup> Este fenómeno no es ajeno al mundo contemporáneo, como lo demuestra el caso de la Guardia Nacional en México.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> La palabra significa “vagabundo” o “errabundo”, pero en Latinoamérica la película se tituló *El cazador*.

<sup>2</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2002, pp. 37-40.

<sup>3</sup> Borjón Niego, José J., “La lucha contra el crimen organizado y las sombras de la militarización”, en Fernández-Ruiz, Jorge (coord.), *Régimen jurídico de las Fuerzas Armadas*, México, UNAM, 2011, pp. 22-23.

<sup>4</sup> González Díaz, Marcos, “‘Es la militarización de México’: por qué causa polémica que la Guardia Nacional pase a depender de la Secretaría de la Defensa”, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-62854552>. Consultado el 13 de septiembre de 2022; Marcial Pérez, David, “Morena consuma la entrega de

Al final, no todas las partes obtienen lo que buscan. Es el riesgo que se corre si se procede conforme a la emoción, más que a la prudencia y los cauces legales. Se infiere la existencia probable de algo parecido a una administración pública e incluso a una judicatura, pero queda la impresión de que la tendencia a obrar como a cada cual le plazca se ha impuesto al marco normativo. Conviene reflexionar sobre si esto último puede ocurrir a despecho de algún tipo de colapso global.

## 2. Persecución e investigación de delitos

Gracias a los créditos finales se sabe que el protagonista se llama Eric (Pearce); un tipo de edad madura, solitario, ensimismado y acaso deprimido (o psicótico); parece recordar de continuo aquello que le dio sentido a su vida. Es violento y rudo y anda por el terregal en un vehículo que atesora por motivos que se conocerán en su momento.

A las afueras de la especie de bar donde él se encuentra, tres ladrones que huyen en una camioneta tras haber robado dinero que unos soldados presuntamente custodiaban se accidentan por discutir y pelear sobre el destino de un cuarto camarada (Reynolds [Rey], un joven lerdito encarnado por Pattinson). Sin que sea posible entender cómo sobrevivieron a una volcadura que, además, deja a su transporte apenas abollado, con toda calma sustraen el auto de Eric y se alejan.

El robo de vehículos es un delito y la víctima debe denunciarlo ante la autoridad competente.<sup>5</sup> Eric pudo haber acudido con los soldados para notificarles lo ocurrido y esperar que al punto fueran tras los ladrones, máxime que el objeto del delito era de suma importancia para él. En cambio, por la tendencia a zanjar cuentas sin la intervención de terceros, aborda el vehículo recién volcado y emprende la persecución.

la Guardia Nacional al Ejército”, *El País*, en <https://elpais.com/mexico/2022-09-09/morena-consuma-la-entrega-de-la-guardia-nacional-al-ejercito.html>. Consultado el 13 de septiembre de 2022; Reuters, “Cambió de opinión”: amlo justifica militarización de la seguridad pública en México”, *El Economista*, <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Cambie-de-opinion-AMLO-justifica-militarizacion-de-la-seguridad-publica-en-Mexico-20220906-0046.html>. Consultado el 13 de septiembre de 2022.

<sup>5</sup> Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 34.ª ed., México, Porrúa, 2002, pp. 658-659; García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1974, pp. 195-201; González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 3.ª ed., México, Porrúa, 1959, p. 201.

Es particularmente riesgoso pretender hacerse justicia por propia mano frente a hombres armados. Eso no le importa a Eric, que está decidido a recuperar la suya. La suerte que tiene, en el sentido de que no lo maten sin miramientos, no la comparte mucha gente en el mundo real; de ahí que deba haber cuerpos policíacos capacitados para afrontar a la delincuencia. Sin embargo, podría ser entendible que en un mundo desfalleciente las instituciones sean casi inoperantes.

Sin duda por inadvertencia de los guionistas, los soldados no hacen mayor cosa por dar con los ladrones y recuperar el botín, ni siquiera por el hecho de que en el atraco hubiera muerto uno de los suyos. Eso sí, no dejan de pisarle los talones a Eric, que inicia un periplo para recuperar su propiedad a como dé lugar, dejando en el trayecto una estela de muertos y quedando impune de sus propios crímenes, los cuales podían ser perseguidos por un órgano institucionalizado. Esto evidencia que, al contrario de los panoramas que presentan películas como *Mad Max 2* (1981) o *The Road* (2009), donde el derecho y sus implicaciones definitivamente ya no existen, aún había un dejo de interés gubernamental en la observancia de la ley.

### 3. Justicia por propia mano versus autodefensa

La prohibición de que cada cual se haga justicia por sí mismo, o que reclame sus derechos violentamente, está consignada en el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>6</sup> La norma refiere que, en lugar de cobrar venganza o retomar lo expropiado de manera brutal, hay que acudir ante tribunales que estarán expeditos para resolver la controversia.<sup>7</sup> Además, la impartición de justicia, que es un servicio público del Estado,<sup>8</sup> debe ser gratuita.

Lo anterior implica que se haya recurrido a la denuncia o la demanda, o bien, que haya habido elementos que facilitaran la intervención de las autoridades al momento en que ocurría algún acto antijurídico. Más todavía, el artículo indicado prevé la existencia

de medios alternativos de solución de controversias,<sup>9</sup> y obliga a las autoridades a preferir la solución de los conflictos a los formalismos, siempre que ello no vulnere el debido proceso.

Es cierto, por otra parte, que la legislación mexicana reconoce a la autodefensa,<sup>10</sup> es decir, el derecho a la legítima defensa; sin embargo, no procede en cualquier circunstancia<sup>11</sup> ni implica la posibilidad de excederse. Esto último ha dado lugar a múltiples linchamientos que, lejos de abonar al Estado de derecho, reflejan la hondura de su crisis. En *The Rover*, Eric irá tras los ladrones de un modo u otro, y no se detendrá sino hasta haber recuperado lo suyo.

En un pueblo casi fantasma obtiene un arma y, sin ánimo de regatear el precio, mata a quien pretendió vendérsela. Acto seguido, la fortuna lo hace cruzarse con Rey, que resulta ser hermano de Henry (Scoot McNairy), uno de los pandilleros perseguidos. Para entonces, aunque desde luego no le inquiete, Eric es un fugitivo.

Rey soporta una herida de bala que recibió en el atraco; con tal que sobreviva para decir dónde está Henry, Eric se las arregla para llevarlo con una médica (Susan Prior) en medio de la nada. Sobreviene un intento de linchamiento por parte de los amigos del vendedor de armas, evento que vuelve a demostrar el desprecio absoluto por el derecho. ¿Esas personas pudieron haber solicitado el apoyo de los soldados? Quizá, a menos que no confiaran en ellos o estimaran más honorable hacer las cosas por su cuenta. Hay que recordar, claro, que un orden jurídico fracturado es un caldo de cultivo para toda suerte de excesos.

El linchamiento no procede porque Eric dispara primero y da en el blanco. Agrega cadáveres a su

<sup>9</sup> Vado Grajales, Luis Octavio, “Medios alternativos de resolución de conflictos”, Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de derecho público y política*, México, UNAM, 2006, pp. 375-377.

<sup>10</sup> García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, pp. 227-228; Vado Grajales, Luis Octavio, *op. cit.*, p. 373.

<sup>11</sup> El artículo 29, Apartado B, fracción I, primer párrafo, del Código Penal para el Distrito Federal, contempla a la legítima defensa como causa de justificación del delito; procede cuando “Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor”. Cabe agregar que el artículo 10 de la Constitución federal reconoce el derecho de las personas a poseer armas en su domicilio para su defensa, con excepción de las prohibidas por la ley y las reservadas para el uso exclusivo de las fuerzas armadas.

<sup>6</sup> Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, pp. 635-638; Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 11.<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2000, pp. 220-222.

<sup>7</sup> Rodríguez Colín, María del Refugio Elizabeth, “Derecho a la protección judicial (jurisprudencia constitucional)”, Eduardo Ferrer Mac-Gregor *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2.<sup>a</sup> ed., México, UNAM, 2014, p. 372.

<sup>8</sup> Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 43.<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2009, p. 316.

El derecho en un futuro posible: el logro de la justicia en *The Rover*

prontuario de asesinatos y reemprende la huida con un Rey en mejores condiciones. La vastedad del paisaje australiano, exornado de cadáveres crucificados o montados en sendas cruces a ambos lados del camino, se despliega ante los ojos del espectador, que parece saborear el polvo de la ruta. La miseria y la abulia de los sobrevivientes sigue notándose, junto con el tesón de los soldados para atrapar a Eric.

Lo que prometía ser una noche tranquila en un motel se vuelve una balacera que inicia Rey, tras matar por accidente a una chica. Los fugitivos deben seguir, no sin que Eric elimine a un soldado con la frialdad de quien no mide en absoluto las consecuencias de sus actos.

#### 4. Policía inexistente: seguridad pública y fuerzas armadas

Las fuerzas armadas se encargan de defender la integridad y la soberanía de un territorio. Pueden hacerlo por tierra, aire y mar. La policía es quien se ocupa de imponer el orden y hacer cumplir la ley.<sup>12</sup> No debería haber confusión entre las atribuciones de ambos tipos de instituciones, ni ocurrir que una desplace a la otra en el ejercicio de aquellas. Sin embargo, cuando sobrevienen conflictos de gravedad inusitada, el apoyo de soldados deviene indispensable, porque la policía ya no basta para velar por la población.

Con todo, en *The Rover* no se sugiere que haya un conflicto interno o un estado de guerra que amerite la intervención del ejército en asuntos que, de suyo, no le incumbirían. Por el contrario, se repite que los pobladores, en su mayoría, se han resignado a la molición en que viven y, peor aún, se someten a los efectos psicológicos de semejante dejadez. Por otra parte, es paradójico que los efectivos del ejército parezcan estar bien pertrechados, habida cuenta de que los dólares australianos son despreciados porque, en comparación con los estadounidenses, no tienen valor alguno.

Aquí conviene preguntarse cuál será la moneda de curso corriente en el mundo estragado de *The Rover*, así como quién se espera que pague impuestos en donde es claro que la economía está hecha trizas. El punto de estas cuestiones no es señalar inconsistencias del filme, sino hacer pensar en cómo se sostiene

a un ejército si no hay recaudaciones o estas son tan bajas que solo alcanzan para pocas —y mal entrenadas— unidades de uniformados. Ahora bien, si la población civil vive en condiciones rayanas en la inopia, es probable que el remedo de Estado subsistente destine sus inversiones a una organización costosa que, en el corto plazo, seguramente no tendrá a quien cuidar.

Comoquiera que sea, dos o tres soldados dan casualmente con Eric y lo arrestan. Sin molestarse en preguntarle por su cómplice, responsable de la muerte de una mujer en un motel lejano, se lo llevan con el mero fin de mandarlo a Sidney. Le informan, cuando menos, por qué lo han detenido, pero en momento alguno se le explican sus derechos ni le aseguran que tendrá asistencia jurídica. Si alguna vez existió, el término “presunción de inocencia”<sup>13</sup> había quedado en el pasado. Los soldados han cumplido y celebran que, por ello, les vayan a seguir pagando. Es decir, lejos de actuar como servidores públicos satisfechos de contribuir al orden y la seguridad a que propende el derecho, pese a soslayar aspectos como el derecho al debido proceso —esencial para la persona y la prevalencia del Estado constitucional—,<sup>14</sup> se limitan a justificar el sueldo que reciben. En una palabra, mandan tipos detenidos a Sidney para beneplácito de alguna autoridad que, sin duda, no cuestionará la eficacia de sus subordinados.

Es raro o incomprensible que, hallándose en circunstancias determinadas por burócratas peculiares,<sup>15</sup> Eric discurra sobre por qué a nadie le importó que él, diez años atrás, matara a su esposa y al amante de esta. Nadie lo persiguió por el crimen, ya fuera porque en aquel entonces apenas comenzara el mentado colapso mundial o, quizá, por simple desinterés en defender lo jurídico, vicio común en múltiples re-

<sup>12</sup> Ortiz y Ortiz, Serafín (1998), “El modelo de Estado liberal de derecho y el surgimiento de la policía”, VV.AA., *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, t. II, 1998, pp. 1421-1422.

<sup>13</sup> Lozano Guerrero, Fidel *et al.* (2012), “La presunción de inocencia”, en Cienfuegos Salgado, David y Froto Madariaga, Germán (coords.), *Los derechos humanos en el momento actual*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila, 2012, pp. 318-323.

<sup>14</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, 2.ª ed., trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2016, pp. 1-2 y 161-163.

<sup>15</sup> Sodí Cuéllar, Ricardo, “La jurisdicción penal militar en tiempo de paz”, y Vargas Morgado, Jorge, “La relación jurídica de los miembros de las Fuerzas Armadas con el Estado”, ambos en Fernández-Ruiz, Jorge (coord.), *Régimen jurídico de las Fuerzas Armadas*, México, UNAM, 2011, pp. 172-173 y 246-247, respectivamente.

gímenes, sobre todo en los que desprecian la cultura de la legalidad.<sup>16</sup>

De no ser por Rey, hombre noble que rescata a su compañero de viaje a sangre y fuego, Eric se habría sumado a algún sistema carcelario inimaginable. Cabe agregar, por cierto, que la eliminación de varios soldados por parte de un solo chico, aparentemente lerdo, revela el tipo de capacitación que tenían las víctimas.

## 5. Tragedia en Carloon

El fin de la singladura de nuestros prófugos ocurre en Carloon, un pueblo integrado por algunas casas deterioradas y desperdigadas. En una de estas se ocultan Henry y los otros miembros de la banda. La ley del talión se consuma, aunque Rey es incapaz de lograr su cometido; Henry lo elimina de un tiro, si bien no tarda en acompañarlo a la tumba. Eric no vacila para matar a Archie (David Field) y Caleb (Tawanda Manyimo), cómplices de Henry, y, por razones que cada cual podría inferir, deja vivo al anciano dueño de la casa.

En Carloon se consolida el triunfo de la venganza privada<sup>17</sup> y la ausencia total de orden. Sin importar quién estuviera a cargo de la seguridad, el hecho de que un trío de ladrones no hubiera sido hallado más que por su eventual veredicto, da a entender el fracaso del Estado —hipotético o no— en brindar seguridad a las personas, objetivo que supone la capacidad de prevenir, investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de cualesquiera ilícitos. Es trágico que, a la postre, un individuo inescrutable como Eric recupere los restos de un amigo de otrora, al tiempo que pierda a alguien con quien pudo haber congeniado.

Pero también es una tragedia la forma en que el derecho va siendo superado por el libertinaje; esto sería impensable si el Estado fuera conducido por gente idónea, por funcionarios conocedores de la ciencia jurídica y preocupados por generar, a través de servidores públicos, el sector privado y la academia, una cultura perdurable de apego a la legalidad. Medidas así podrían impedir, tal vez, catástrofes socioeconómicas que pusieran a la humanidad en vías de extinción.

A riesgo de acabar errando por un mundo sin mayores alicientes, conviene reflexionar sobre el

ascendiente que el marco jurídico debe tener en las relaciones humanas. El orden y, en consecuencia, el progreso provienen de la creación y ejecución de normas en un ambiente de respeto a los derechos humanos. No reaccionar cuando algunos hacen cuanto les place equivale a encubrirlos y ser sus cómplices en la destrucción de la armonía que presupone la civilización.

## 6. Bibliografía

- Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 34.<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2002.
- \_\_\_\_\_, *El juicio de amparo*, 43.<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2009.
- Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 11.<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2000.
- Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de derecho público y política*, México, UNAM, 2006.
- Cienfuegos Salgado, David y Froto Madariaga, Germán (coords.), *Los derechos humanos en el momento actual*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila, 2012.
- Fernández-Ruiz, Jorge (coord.), *Régimen jurídico de las Fuerzas Armadas*, México, UNAM, 2011.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2.<sup>a</sup> ed., México, UNAM, 2014.
- García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2002.
- García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1974.
- González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 3.<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 1959.
- Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed., trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2016.
- Jiménez de Asúa, Luis, *Introducción al derecho penal*, México, Iure Editores, 2003.
- Salazar Ugarte, Pedro, *Democracia y (cultura de la) legalidad*, México, IFE, 2006.
- VV.AA., *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, t. II, 1998.

<sup>16</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *Democracia y (cultura de la) legalidad*, México, IFE, 2006, pp. 17-19.

<sup>17</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Introducción al derecho penal*, México, Iure Editores, 2003, p. 84.

## 7. Mesografía

González Díaz, Marcos, “‘Es la militarización de México’: por qué causa polémica que la Guardia Nacional pase a depender de la Secretaría de la Defensa”, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-62854552>.

Marcial Pérez, David, “Morena consume la entrega de la Guardia Nacional al Ejército”, *El País*, en <https://elpais.com/mexico/2022-09-09/morena-consuma-la-entrega-de-la-guardia-nacional-al-ejercito.html>.

Reuters, “‘Cambie de opinión’: AMLO justifica militarización de la seguridad pública en México”, *El Economista*, <https://www.economista.com.mx/politica/Cambie-de-opinion-AMLO-justifica-militarizacion-de-la-seguridad-publica-en-Mexico-20220906-0046.html>.

## Acerca de la tan célebre y criticada ley española del “Solo sí es sí”: principales aspectos procesales

**María Victoria Álvarez Buján**

*Doctora en Derecho (acreditada a Profesora Contratada*

*Doctora por ANECA)*

*Abogada*

*PDI en Universidad Internacional de La Rioja*

*mariavictorialvarezbujan@unir.net*

*<https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>*

**RESUMEN:** En nuestro trabajo, nos centraremos en examinar lo relativo a las modificaciones que, desde una óptica procesal y sobre distintos textos normativos, ha implicado la tan célebre y criticada Ley Orgánica 10/2022 (apodada como Ley del “Solo sí es sí”). En particular, aludiremos a los cambios, implementados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882;<sup>1</sup> la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores;<sup>2</sup> la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito o la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Y en lo que respecta a las modificaciones operadas por el citado texto legal sobre la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, trataremos lo atinente a los requisitos de perseguibilidad de los delitos de violencia sexual. Asimismo, concentraremos nuestra atención en las actuaciones (con singularidad, las exploraciones de las víctimas y obtención de muestras biológicas) para acreditar el delito, habida cuenta de la relevancia y virtualidad de la prueba en el marco del proceso penal, lo que pone de relieve la necesidad de promover la efectiva especialización en violencia sexual de las unidades de valoración forense integral que asisten a los juzgados de Violencia sobre la mujer, así como la especialización del personal médico forense.

Finalmente, desde una perspectiva crítico-analítica, examinaremos la prohibición de acudir a mediación (y conciliación) en supuestos de violencia de género y violencia sexual.

**PALABRAS CLAVE:** Libertad sexual, reforma española, proceso penal, críticas, justicia restaurativa.

<sup>1</sup> En relación con este instrumento normativo comentaremos también la modificación del art. 14.3 efectuada por la lo 4/2023, de 27 de abril.

<sup>2</sup> La lo 4/2023, de 27 de abril, ha modificado también el apartado 2 del artículo 10 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, si bien tal modificación no resulta objeto de comentario en este trabajo al no afectar a cuestiones de índole procesal y referirse más bien a aspectos propios de derecho penal sustantivo.

## Acerca de la tan célebre y criticada ley española del “Solo sí es sí”: principales aspectos procesales

**ABSTRACT:** *In our work, we will focus on examining what is related to the modifications that, from a procedural perspective and on different regulatory texts, has implied the so famous and criticized Organic Law 10/2022 (nicknamed as the Law of “Only yes is yes”). In particular, we will refer to the changes implemented in the Criminal Procedure Law, approved by Royal Decree of September 14, 1882; Organic Law 5/2000, of January 12, regulating the criminal responsibility of minors; Law 4/2015, of April 27, on the Statute of the victim of crime or Law 1/2004, of December 28, on Comprehensive Protection measures against Gender Violence. And with regard to the modifications carried out by the aforementioned legal text on Organic Law 10/1995, of November 23, of the Penal Code, we will deal with the pertinent requirements for the pursueability of crimes of sexual violence. Likewise, we will focus our attention on the actions (specifically, the examinations of the victims and obtaining biological samples) to prove the crime, taking into account the relevance and virtuality of the evidence in the framework of the criminal process, which highlights the need to promote effective specialization in sexual violence of the comprehensive forensic assessment units that assist the Violence against Women courts, as well as the specialization of forensic medical personnel.*

**KEYWORDS:** *Sexual freedom, Spanish reform, criminal process, criticism, restorative justice.*

**Sumario:** 1. Algunas notas con carácter preliminar sobre la Ley Orgánica 10/2022 modificada por la lo 4/2023. 2. Cambios operados en la lecrim. 3. Para recabar prueba. 4. Requisitos de perseguibilidad. 5. Particularidades en el proceso penal de menores. 6. Modificaciones en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. 7. Atención policial especializada. 8. Particularidades en materia de extranjería. 9. Otras previsiones de interés. 10. Conclusiones: especial mención al olvido del verdadero sentido de la justicia restaurativa. 11. Referencias bibliográficas.

## 1. Algunas notas con carácter preliminar sobre la Ley Orgánica 10/2022 modificada por la LO 4/2023

Con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía de la libertad sexual se ha sembrado una más que notoria polémica en nuestro ordenamiento jurídico. La norma que pretendía procurar una mejor y más efectiva tutela para las víctimas de violencia sexual coadyuvando a la prevención, detección, represión y erradicación de todas las violencias sexuales, parece haber generado, en algunos extremos, una suerte de efectos perversos, que han dado lugar a la revisión de sentencias firmes de condena por delitos sexuales y han puesto sobre la mesa la apurada modificación de la citada norma acometida mediante la LO 4/2023, de 27 de abril.<sup>1</sup>

Tal y como se determina en el art. 3.2. de la citada LO 10/2022, la misma resulta de aplicación a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, independientemente de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española, pudiendo a tales efectos recabar la asistencia de embajadas y oficinas consulares previsto en el art. 51, sin perjuicio de lo dispuesto en la LOPJ sobre la competencia de los tribunales españoles.

Según consta en su Disposición final vigesimoquinta, la LO 10/2022 entró en vigor a los treinta días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, es decir, el día 7 de octubre de 2022. No obstante, el Capítulo I del Título IV (sobre el derecho a la asistencia integral especializada y accesible) y el Título VI (que aborda el acceso y

<sup>1</sup> Información sobre el tema se encuentra disponible en: <https://elderecho.com/revision-sentencias-ley-organica-10-2022> (Última

consulta: 20/03/2023). Ahora bien, no podemos detenernos en analizar las particularidades de esta cuestión, toda vez que ello excedería los límites de extensión previstos para este trabajo.

la obtención de justicia) serán de aplicación en el plazo de seis meses desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Asimismo, se especifica que la letra e) del apartado 1 del artículo 33 (donde se reconoce el derecho de las víctimas a recibir asesoramiento jurídico previo y asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia) será de aplicación a partir de la entrada en vigor de la modificación normativa prevista en la Disposición final vigesimoprimera, que contempla un plazo de un año desde la entrada en vigor de la LO 10/2022, para que el Gobierno remita a las Cortes Generales un proyecto de reforma de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, al objeto de garantizar la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales.<sup>2</sup>

## 2. Cambios operados en la LEXcrim

La Disposición final primera de la Ley Orgánica 10/2022 se ocupa de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (en adelante LECrim).

Así, se realizan diversos cambios que se exponen a continuación.<sup>3</sup>

Se añade un nuevo segundo párrafo al art. 13 de la LECrim que establece que:

En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el juzgado podrá acor-

dar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

Como explica Magro Servet, la referida redacción “permite la petición de adopción de medidas cautelares dirigidas de forma específica a la delincuencia sexual on line, la cual prolifera de forma virtual hoy en día”. No obstante, critica el citado autor que:

... no se ha recogido en la reforma el delito de extorsión, que ya ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a raíz de la primera sentencia que lo introdujo, que fue la Sentencia 377/2018 de 23 Jul. 2018, Rec. 10036/2018.<sup>4</sup>

Asimismo, se incorpora un nuevo segundo párrafo al artículo 112 de la LEXcrim, trasladando el actual segundo párrafo al lugar de tercer párrafo. Se añade, así, la siguiente previsión:

No obstante, aun cuando se hubiera previamente renunciado a la acción civil, si las consecuencias del delito son más graves de las que se preveían en el momento de la renuncia, o si la renuncia pudo estar condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito, se podrá revocar la renuncia al ejercicio de la acción civil por resolución judicial, a solicitud de la persona dañada o perjudicada y oídas las partes, siempre y cuando se formule antes del trámite de calificación del delito.

Con esta previsión que, a nuestro juicio, debe ser valorada positivamente:

... se marca un momento procesal hasta el que se puede presentar escrito en el juzgado instando la revocación de la renuncia a la acción civil. Con ello, y en aras de proteger a la víctima se fija un momento preclusivo de

<sup>2</sup> Además, se prevé la necesidad de implementar el desarrollo reglamentario de la LO 10/2022. Así, en la Disposición final vigesimotercera se establece que “El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, procederá a la adaptación a lo dispuesto en esta ley orgánica del Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, aprobado por Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo.

En el plazo mencionado en el apartado anterior, la Administración General del Estado y las Administraciones Autonómicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, adaptarán su normativa a las previsiones contenidas en la presente ley orgánica”.

Por su parte, la Disposición final vigesimocuarta determina que “se autoriza al Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de esta ley orgánica en el marco de sus competencias”.

<sup>3</sup> Vid. al respecto LUACES GUTIÉRREZ, A. I., “Las víctimas necesitadas de especial protección en el Estatuto de la Víctima del Delito: modificaciones introducidas en el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, en MARTÍN RÍOS, P.; PÉREZ MARÍN, M. Á. (Dirs.); PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C.; DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, M. L. (Coords.), *La administración de justicia en España y en América: José Martín Ostos (Liber amicorum)*, Astigi, Sevilla, 2021, pp. 1131-1154.

<sup>4</sup> MAGRO SERVET, V., “Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual”, *Diario La Ley*, 07/09/2022. Texto disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/09/13/cuestiones-comparativas-de-modificacion-del-codigo-penal-y-otras-leyes-con-la-nueva-ley-organica-10-2022-de-6-de-septiembre-de-garantia-de-la-libertad-sexual> (Última consulta: 21/03/2023).

## Acerca de la tan célebre y criticada ley española del “Solo sí es sí”: principales aspectos procesales

rectificación o revocación de la renuncia expresa de la víctima ante posibles situaciones de presiones físicas o psicológicas que le hayan llevado a ello, cuando lo pida el perjudicado antes de las calificaciones provisionales.<sup>5</sup>

A nuestro entender, lo que pretende aquí el legislador, en la línea de lo que también apunta Magro Servet, es tratar de revertir situaciones en las que la víctima en un momento inicial, todavía sujeta al shock traumático e influenciada por presiones del entorno relacional y/o de su propia pareja o expareja, pueda acceder a renunciar a la acción civil sin ser consciente realmente de la extensión de los daños y perjuicios que ha sufrido y sin tener una clara voluntad de renunciar a la acción civil.

Se adiciona también un nuevo párrafo al artículo 544 bis, para introducir y avalar el control digital de una posible aproximación del investigado a la víctima en el supuesto de que aquel se encuentre en situación de libertad provisional. Se dispone así que:

En el caso de que se investigue alguno de los delitos mencionados en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual,<sup>6</sup> de acordarse algu-

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> La dicción literal del citado art. 3 es la que sigue: “1. 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. Se considera incluido en el ámbito de aplicación, a efectos estadísticos y de reparación, el feminicidio sexual, entendido como homicidio o asesinato de mujeres y niñas vinculado a conductas definidas en el siguiente párrafo como violencias sexuales.

En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos.

2. La presente ley orgánica es de aplicación a las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española, pudiendo a estos efectos recabar la asistencia de embajadas y oficinas consulares prevista en el artículo 51, todo ello sin perjuicio de lo establecido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, respecto a la competencia de los tribunales españoles.

3. En el caso de la violencia ejercida contra niñas, niños y adolescentes, las disposiciones contenidas en esta ley orgánica deberán estar alineadas con lo establecido en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia

na de las medidas de protección de la víctima previstas en este precepto, podrá acordarse mediante resolución motivada la utilización de dispositivos telemáticos para el control de su cumplimiento.

Además, se reforma la redacción del apartado 3 del artículo 681 de la LECrim, que ahora dispone:

Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad, de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección y de las víctimas de los delitos de violencia sexual referidos en el artículo 3 de esta ley, así como de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.

Con esta prohibición, que se valora positivamente, se procura reforzar la protección de las víctimas menores de edad y discapacitadas necesitadas de especial protección, preservando su derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, en atención al espíritu de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.<sup>7</sup>

Finalmente, se altera la dicción del segundo párrafo del art. 709 de la LECrim, al objeto de establecer literalmente que:

El Presidente podrá adoptar medidas para evitar que se

frente a la Violencia.

4. En 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”.

<sup>7</sup> En palabras de Magro Servet, este precepto “*añade a la relación de víctimas respecto de las que no se puede difundir su identidad a las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, de mutilación genital, matrimonio forzado y trata con fines de explotación sexual, lo que era una exigencia de adición para completar más su protección en base a la filosofía del texto de la Ley. Y se añade, como hemos dicho, la lucha contra la delincuencia sexual on line que tanto daño está haciendo en la actualidad, sobre todo en el caso de víctimas menores por conductas de quienes se hacen pasar on line por un menor de edad también para conseguir sus fines perversos*”. MAGRO SERVET, V., “Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022...”, *op. cit.*

formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada, en particular a la intimidad sexual, que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que, excepcionalmente y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el Presidente considere que sean pertinentes y necesarias. Si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas.

Con esta previsión se tratan de reforzar las exigencias y garantías de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito para evitar que se genere no solo una posible conculcación del derecho a la intimidad de la víctima (al recibir y tener que responder preguntas que no son útiles, necesarias ni pertinentes en relación a los hechos objeto de acreditación y enjuiciamiento), sino también un sufrimiento injustificado, amén de una victimización secundaria.<sup>8</sup>

Con todo, lo verdaderamente importante aquí es formar adecuadamente a los operadores jurídicos y, con particularidad, a abogados, fiscales y jueces a fin de que aprendan a detectar formulaciones de preguntas innecesarias e impertinentes que no contribuyan a esclarecer los hechos y, sin embargo, sometan a la víctima a cuestionamiento o a exposición de su intimidad.

Empero y al margen de lo anterior, no podemos olvidar la necesidad de conciliar los derechos y la tutela de la víctima de violencia sexual con las garantías del justo proceso, el derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia. Así, deben controlarse las preguntas en el sentido de la previsión legal, pero analizando la pregunta concreta y la necesidad y pertinencia de la misma en relación a la acreditación de un determinado hecho o circunstancia objeto de enjuiciamiento, para no caer en el error de cercenar, con el control de las preguntas, las posibilidades y el derecho de defensa de la persona acusada.

Por otro lado, pero igualmente en relación con este apartado, cabe resaltar que, como ya avanzamos al inicio del presente trabajo, con motivo de la polémica jurídica y social suscitada a raíz de la Ley Orgánica 10/2022, ya se ha aprobado la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,

en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Y a los efectos que particularmente nos ocupan, habida cuenta de nuestro objeto de estudio, resulta menester comentar que con la citada LO 4/2023 se ha modificado el apartado 3 del art. 14 de la LECrim, sobre competencia objetiva para enjuiciar delitos contra la libertad sexual, de forma que solamente se tomará en consideración la pena de prisión no superior a 5 años y la multa, cualquiera que sea su cuantía, para atribuirle el enjuiciamiento a los Juzgados de lo Penal, aunque las restantes penas (inhabilitaciones) sean superiores a 10 años.<sup>9</sup>

Así, según el primer inciso del art. 14.3 de la LECrim serán competentes:

Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de estas no exceda de diez años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquellos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, del Juez de Violencia sobre la Mujer competente, en su caso, en los términos establecidos en el artículo 801, así como de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia.

No obstante, se incluye como novedad un segundo inciso dentro de dicho art. 14.3 de la LECrim, que establece que en los delitos comprendidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal, es decir, los delitos contra la libertad sexual:

<sup>8</sup> Tal y como explica Magro Servet, con esta matización se persigue que el juez o presidente del Tribunal se cuiden de evitar y declarar impertinentes preguntas en materia de la intimidad sexual de la víctima. *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Vid.* al respecto, GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., “Breves referencias a las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, de reforma de la ‘ley del solo sí es sí’”, *Blog Sepin*, 04 de mayo de 2023 - 08:15. Texto disponible en: <https://blog.sepin.es/modificaciones-ley-solo-si-es-si> (Última consulta: 06/05/2023)

## Acerca de la tan célebre y criticada ley española del “Solo sí es sí”: principales aspectos procesales

... a los solos efectos de determinar la competencia para el enjuiciamiento, se tendrán en cuenta únicamente las penas de prisión o de multa, correspondiendo al Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o al Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en su caso, el conocimiento y fallo de los delitos para los que la ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía.<sup>10</sup>

Esta modificación del art. 14.3 de la LECrim se aplicará a los procesos en tramitación a la entrada en vigor de la LO 4/2023, salvo si ya se hubiese dictado auto de apertura de juicio oral (tal y como se prevé en la Disposición transitoria cuarta de la nueva Ley Orgánica que ha modificado con premura la afamada Ley del “Solo sí es sí”).<sup>11</sup>

### 3. Para recabar prueba

*A priori* hemos de aludir al art. 47 de la LO 10/2022, que hace referencia a las unidades de valoración forense integral. Estas unidades, adscritas a los Institutos de Medicina Legal o a otros órganos competentes, en su caso, se ocuparán también de los casos de violencias sexuales contra las mujeres, niñas y niños, para lo cual serán reforzadas y se garantizará su presencia en todo el territorio del Estado. Intervendrán desde las primeras fases del proceso, incluido el servicio de guardia.

Para su actuación, la Administración General del Estado y las comunidades autónomas con competen-

cias en materia de justicia ordenarán a dichas unidades que diseñen protocolos de actuación global e integral en casos de violencia sexual. En tales protocolos se tendrán en cuenta, en particular, las necesidades y los derechos de las víctimas, con atención específica a las sometidas a formas de discriminación múltiple, especialmente a las víctimas menores de edad y con discapacidad. También se establecerán protocolos para realizar los informes de valoración, que incluirán el daño social. Dichos informes, obviamente, podrán ser utilizados como prueba en el marco de los procesos judiciales.

Para gestionar el riesgo y garantizar, en su caso, la coordinación de la seguridad y el apoyo a las víctimas, estas unidades llevarán a cabo una valoración de la gravedad de la situación y del riesgo de reiteración de la violencia.

Por otro lado, de procurar que la práctica forense sea disponible, accesible y especializada se ocupa el art. 48, al disponer, en su primer apartado, que la Administración General del Estado y las administraciones de las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizarán la disponibilidad del personal médico forense para asegurar que el examen y las actuaciones de interés legal se practiquen a las víctimas sin demoras y conjuntamente con el reconocimiento ginecológico o médico preceptivo y todo aquel estudio médico necesario. Este tipo de reconocimientos resultan esenciales al objeto de poder elaborar un informe médico-pericial que pueda ser utilizado como prueba en el oportuno proceso (en relación a las lesiones y evidencias que presenta la víctima, lo que se puede inferir de las mismas, el tipo de violencia al que ha sido sometida, etc.).<sup>12</sup> De igual modo, resultan de relevancia los informes periciales

<sup>10</sup> La redacción anterior de este precepto era la siguiente: “Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso, en los términos establecidos en el artículo 801, así como de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia en el proceso por aceptación de decreto”.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Con todo, no puede olvidarse, como ya hemos reseñado en un trabajo anterior, que “al contrario de lo que se tiende a pensar, no necesariamente tienen que hallarse en la víctima signos tales como arañazos, golpes, desgarros, marcas, ropas rotas... (si bien, en muchas ocasiones se verifican tales señales). Negarse a mantener relaciones sexuales no implica que la víctima tenga que emprender una lucha “sin igual” que deje rastro de la misma. La pura realidad es que en muchas ocasiones una víctima de violencia sexual ni siquiera puede intentar zafarse o defenderse, ya sea porque su agresor/ es se lo impide (físicamente), ya sea porque sufre un bloqueo ante la situación que está viviendo y no es capaz (teme que en el caso de defenderse las consecuencias sean todavía peores, teme por su vida, se le ha suministrado algún tipo de droga o fármaco, etc.)”. ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Utilidad y práctica de la prueba de ADN en procesos por delitos de violencia sexual”, en IGLESIAS CANLE, I.C.; BRAVO BOSCH, M. J. (Dirs.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 430.

psicológicos de la víctima y, dependiendo del tipo de violencia empleada, los análisis para detectar la presencia de posibles sustancias “extrañas” (e identificación de las mismas) en la sangre de la víctima.<sup>13</sup> Se prevé también, expresamente y con el propósito de impedir la victimización secundaria, evitar en todo caso la reiteración de reconocimientos salvo que resulten estrictamente indispensables para la investigación, y ello siguiendo la línea de lo previsto en el art. 21 d) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, que dispone que, entre otros aspectos, las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal velarán por que, en la medida que ello no perjudique la eficacia del proceso, los reconocimientos médicos de las víctimas solamente se lleven a cabo cuando resulten imprescindibles para los fines del proceso penal, y se reduzca al mínimo el número de los mismos.

Pero, además de lo anterior, los reconocimientos médicos se presentan esenciales a fin de poder recabar muestras biológicas que permitan identificar al agresor. Así, el mencionado art. 48, en su apartado 2, establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 363.14 y 778.315 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,<sup>16</sup> la toma de muestras biológicas de la víctima y otras evidencias, incluidas imágenes, que puedan contribuir a la acreditación de las violencias sexuales, se realizará previo consentimiento informa-

do y no estará condicionada a la presentación de denuncia o al ejercicio de la acción penal.<sup>17</sup>

Se hace mención a que las muestras biológicas y evidencias que se recojan por el centro sanitario se conservarán debidamente para su remisión, garantizando la cadena de custodia y del modo más inmediato posible, al Instituto de Medicina Legal. Teniendo en cuenta la parquedad existente en relación a la regulación de la cadena de custodia y la conservación y destrucción de muestras biológicas, se efectúa una suerte de remisión, refiriendo que el plazo y demás condiciones de conservación se determinarán mediante protocolos científicos por los organismos competentes.

Finalmente, en el apartado 3 del citado art. 48 se determina que se garantizará la especialización adecuada del personal del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses que intervenga en los casos de violencias sexuales con el fin de asegurar la calidad de su intervención e impedir la victimización secundaria, especialmente en los casos de víctimas menores de edad.

Las exploraciones e informes médicos y forenses resultan igualmente de relevancia a efectos de probar el consentimiento o más bien la ausencia del mismo.<sup>18</sup> Para acreditar el consentimiento o su inexistencia, se partirá también, como prueba, de la declaración de la víctima, debiendo atender a su credibilidad y a la circunstancia de que no posea móviles de venganza contra el/los acusado/s.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 430-431.

<sup>14</sup> El art. 363 de la LECrim preceptúa que “Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

<sup>15</sup> El art. 778.3 de la LECrim dispone que “El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale”.

<sup>16</sup> Y a la espera de una regulación completa, detallada y sistemática, a incorporarse en el marco de un texto de reforma integral de la decimonónica LECrim, que regule expresamente no solo la realización de pruebas de ADN sobre la persona investigada, sino también en relación a terceras personas, especialmente las víctimas.

<sup>17</sup> En lo tocante a la obtención de muestras biológicas para la realización de pruebas de ADN con fines de investigación y persecución de delitos de violencia sexual, *vid.* ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Utilidad y práctica de la prueba de ADN en procesos por delitos de violencia sexual”, *op. cit.*, pp. 407-436.

<sup>18</sup> Según la redacción actual del art. 178.1 del Código Penal, relativo a las agresiones sexuales, “Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.

<sup>19</sup> En la STS 257/2019, de 31 de octubre (recurso 10366/2019) se determina lo siguiente:

“La jurisprudencia viene estableciendo una serie de parámetros o criterios que se deben tomar en consideración para valorar un testimonio cuando sea la única o principal prueba de cargo y son los siguientes:

a) La comprobación de la credibilidad subjetiva que exige el análisis de las características físicas o psíquicas del testigo (minusvalías sensoriales o síquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), que sin anular el testimonio lo debilitan y también obliga al análisis de posibles motivaciones espurias, lo que conlleva el examen del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre el acusado y la víctima para constatar si la declaración inculpatoria se ha podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad

## Acerca de la tan célebre y criticada ley española del “Solo sí es sí”: principales aspectos procesales

## 4. Requisitos de perseguibilidad

La Disposición final cuarta de la LO 10/2022, lleva a cabo la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. A los efectos que,

u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad. En este caso no consta ningún tipo de anomalía física o psíquica en la menor y, es más, hay un informe pericial psicológico que excluye que en su testimonio haya componentes de fabulación o fantasía. Tampoco constan relaciones previas entre víctima y acusado que permitan afirmar la existencia de móviles espurios o de malquerencia.

b) El segundo parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de su credibilidad objetiva, o verosimilitud del testimonio, que según las pautas jurisprudenciales debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en el suplementario apoyo de datos objetivos de corroboración de carácter periférico (coherencia externa). En el caso sometido a nuestro examen la declaración de la menor fue lógica en cuanto al desarrollo de los hechos que, por otra parte, son sencillos en cuanto a su ejecución, y están corroborados por distintas pruebas y evidencias. Ya hemos mencionado que el primer hecho fue reconocido en parte y el segundo ha sido corroborado por el informe pericial biológico acreditativo de la aparición de saliva en los genitales externos y en el vello púbico de la menor; por la aparición de otros restos en el fondo vaginal; por la existencia de erosiones en los genitales externos; por la conformación anatómica del himen de la menor que posibilita la penetración sin dejar vestigios a pesar de su virginidad y, último término, por el informe pericial psicológico que excluye componentes de fabulación en la declaración de la menor.

c) Por último, el tercer parámetro de valoración de la declaración de la víctima consiste en el análisis de la persistencia en la incriminación, lo que conforme a las referidas pautas jurisprudenciales supone:

(i) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable “no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones” (sts de 18 de Junio de 1.998, entre otras).

(ii) Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que la víctima especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

(iii) Ausencia de contradicciones entre las sucesivas versiones que se ofrecen a lo largo del procedimiento, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes<sup>20</sup>.

Asimismo, la sts 257/2019, de 31 de octubre, incide en lo puesto de relieve en la STS 355/2015, de 28 de mayo y precisa que “es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado”.

Sobre la valoración de la declaración de la víctima, *vid.* ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Utilidad y práctica de la prueba de ADN en procesos por delitos de violencia sexual”, *op. cit.*, pp. 431-433.

desde una óptica procesal nos interesan, hemos de hacer mención a los requisitos de perseguibilidad de los delitos de violencia sexual.

En concreto, hemos de apuntar que se modifican los apartados 1 y 4 del artículo 173.<sup>20</sup> El apartado cuarto hace referencia a las injurias o vejaciones injustas, *incluidas las expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que generen una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad.*<sup>21</sup> La particularidad procesal (requisito de procedibilidad) de estos delitos (que ya se preveía con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 10/2022 para las injurias cometidas contra las personas a las que se refiere el art. 173.2 del C.P.)<sup>22</sup> reside en que, tal y como se determina en el último inciso, estos delitos contemplados en el art. 173.4 solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Así, el art. 173.1 del Código Penal queda redactado en los siguientes términos:

“El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los tres párrafos anteriores, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

<sup>21</sup> Lo subrayado no estaba presente en la anterior redacción y ha supuesto la inclusión específica en nuestro Código Penal del delito de “injurias sexuales”.

<sup>22</sup> Estas personas son: cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al infractor/agresor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, ascendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con convivan con el infractor/agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentren integradas en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

<sup>23</sup> En dicho precepto se hace referencia a las siguientes conductas: “Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado

Asimismo, se modifica el apartado 1 del art. 191, que ahora dispone literalmente que “Para proceder por los delitos de agresiones sexuales y acoso sexual será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia”. No obstante, si la víctima es menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal. Se mantiene así la configuración de estos delitos con carácter de semipúblicos, si bien esta nota ha sido ya criticada por parte de la doctrina, al entender que debería desaparecer. Ahora bien, recuerda la a STS 311/2020, de 15 de junio, que

En cualquier caso desde antiguo la jurisprudencia de esta Sala viene flexibilizando su exigencia. Así, se ha declarado que no es necesaria una denuncia escrita y formal, bastando con una comunicación verbal (STS 272/2001, de 19 de febrero). En esa misma dirección y según recuerda la reciente STS 340/2018, de 6 de julio, haciéndose eco de pronunciamientos anteriores (SSTS 96/2009, de 10 de marzo o 705/2016, de 14 de septiembre), debe tenerse por cumplido este requisito cuando el perjudicado se persona en las actuaciones para ejercer la acusación o cuando, conociendo la existencia del proceso, no se opone al mismo. También se ha dicho que la mera anuencia pasiva a la prosecución del proceso, convalida la inexistencia de denuncia inicial (STS 1341/2000 de 20 de noviembre) e incluso que la renuncia a las acciones civiles por el representante legal del menor no erosiona la legitimidad de la condena (STS 131/2013, de 20 de febrero).<sup>24</sup>

2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.

Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad”.

<sup>24</sup> Continúa explicitando dicha sentencia que “la STS 340/2018, de 6 de julio explica las razones de este criterio. La denuncia es fuente de conocimiento del delito, pero cuando se constituye en requisito de procedibilidad es esencialmente una manifestación de voluntad, que expresa la disposición del perjudicado, de su representante legal o del Ministerio Fiscal a que la acción penal se lleve a efecto. Cuando la noticia criminis ha llegado a conocimiento del

## 5. Particularidades en el proceso penal de menores

Con la Disposición final séptima de la Ley Orgánica 10/2022 se procede a la modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM). Así, se reforma el apartado 2 del artículo 19, que queda redactado en los siguientes términos:

A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

Cuando la medida sea consecuencia de la comisión de alguno de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, o estén relacionados con la violencia de género, no tendrá efecto de conciliación, a menos que la víctima lo solicite expresamente y que el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad.<sup>25</sup>

Se contempla aquí la posibilidad de que se lleve a cabo una conciliación/mediación en el marco de los procesos de menores, en relación a conductas de violencia sexual, al contrario de lo que se dispone para

Juzgado por vía distinta de la denuncia o sin la denuncia de todos los perjudicados (situación esta última que es la que acontece en el presente procedimiento), la falta de denuncia formal se subsana o convalida si hay constancia de que el perjudicado muestra su consentimiento con la continuación del proceso penal, exteriorizando con su conducta procesal esa voluntad. En tal caso, como señala la STS 694/2003, de 20 de junio, no es necesaria una denuncia formal”.

<sup>25</sup> El apartado 1 del art. 19 de la LORPM establece que “1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta”.

### Acerca de la tan célebre y criticada ley española del “Solo sí es sí”: principales aspectos procesales

los procesos de adultos, en atención al art. 87 ter de la LOPJ y al art. 3.1 inciso segundo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima (añadido por la LO 10/2022).

Esta reforma (del art. 19.2 de la LORPM) se valora positivamente, teniendo en cuenta que parece estar inspirada en la filosofía propia de la justicia restaurativa. Podemos deducir además que el legislador decide aplicar la conciliación/mediación solamente en relación a procesos de menores, partiendo de la especial protección y oportunidades de resocialización que se han de brindar a este colectivo, en aras de promover su reeducación y reinserción social para contribuir al logro de una comunidad más socialmente pacífica, con futuros adultos (hoy menores) cívicos, responsables y que no incurran en conductas violentas ni delictivas.<sup>26</sup>

#### 6. Modificaciones en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito

Con carácter previo, cabe reseñar que en el art. 33 de la LO 10/2002 se contempla el derecho a la asistencia integral especializada y accesible de las víctimas de violencia sexual. Dentro de este precepto se incluyen derechos y garantías en la línea ya prevista en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. Se incluyen así, en el apartado 1 de dicho precepto, de forma en cierta medida redundante, los siguientes derechos:

- a. Información y orientación sobre sus derechos y recursos, en los términos previstos en el artículo 34.
- b. Atención médica especializada en los centros sanitarios y psicológica, tanto inmediata, como de emergencia y crisis en centros 24 horas, de acompañamiento y de recuperación integral en el largo plazo.
- c. Los servicios de salud mental que se presten a las mujeres víctimas de violencias sexuales deberán ser diseñados con perspectiva de género y

derechos humanos y deberán garantizar el consentimiento libre e informado de la mujer para cualquier tratamiento médico. Para ello, se le deberán facilitar los apoyos que pueda necesitar para ejercer ese derecho, así como para la adopción de decisiones sobre su propia vida.

- d. Atención a las necesidades económicas, laborales, de vivienda y sociales, tanto inmediata, como de emergencia y crisis en centros 24 horas, de acompañamiento y de recuperación integral en el largo plazo, en los términos establecidos en el artículo 35.
- e. Asesoramiento jurídico previo y asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de la violencia, en los términos previstos en la legislación de asistencia jurídica gratuita.
- f. Seguimiento de sus reclamaciones de derechos.
- g. Servicios de traducción e interpretación, incluidos los servicios de lengua de signos, subtitulación, guías intérpretes, así como otro personal especializado de apoyo para la comunicación.
- h. Asistencia personal, como un recurso disponible para las mujeres con discapacidad que fortalezca su autonomía ante todas las actuaciones judiciales, las medidas de protección y de apoyo y los servicios para las víctimas.
- i. Atención especializada, en el caso de niñas y niños víctimas de violencias sexuales y de víctimas de trata y explotación sexual.

Por su parte, la Disposición final duodécima modifica la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito.<sup>27</sup>

Así, en primer término, se reforma el apartado 1 del artículo 3, que queda redactado como sigue:

1. Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia, atención y reparación, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servi-

<sup>26</sup> Sobre la mediación en justicia de menores, *vid.* las consideraciones de SANZ HERMIDA, Á. “La víctima en el proceso penal de menores”, *Anuario de justicia de menores*, núm. 1 (2001), pp. 183-226 y la misma autora en su trabajo, SANZ HERMIDA, Á. “La mediación en la justicia de menores”, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N.; SANZ HERMIDA, Á.; ORTIZ PRADILLO, J. C. (Coords.), *Mediación: un método de? conflictos: estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pp. 155-174.

<sup>27</sup> Sobre el tenor inicial de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, *vid.* IGLESIAS CANLE, I. C.; ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “La tutela y protección de la víctima de violencia de género: las últimas reformas procesales” en IGLESIAS CANLE, I. C.; GONZÁLEZ-ARES FERNÁNDEZ, J. A.; ÁLVAREZ BUJÁN, M. V. (Coords.), *El principio de igualdad desde un enfoque pluridisciplinar: prevención y represión de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 117-140.

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

En todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género.<sup>28</sup>

Asimismo, se modifica el primer párrafo y la letra m) del apartado 1 del artículo 5, que ahora presenta la siguiente redacción:

1. Toda víctima tiene derecho, desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia, a recibir, de manera inmediata, información adaptada a sus circunstancias y condiciones personales y a la naturaleza del delito cometido y de los daños y perjuicios sufridos, sobre los siguientes extremos:

m) a ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7. A estos efectos, la víctima podrá designar una dirección de correo electrónico o, en su defecto, una dirección postal o domicilio, al que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones por la autoridad.

También se modifica el apartado 1 del artículo 7, estableciendo que “Toda víctima será informada de manera inmediata de la fecha, hora y lugar del juicio, así como del contenido de la acusación dirigida contra el infractor, y se le notificarán las siguientes resoluciones:...”.<sup>29</sup> Se elimina así, con respecto a la

<sup>28</sup> Este último inciso es el más reseñable que, por su relevancia y habida cuenta de los límites de extensión previstos para el presente trabajo, será abordado a modo de conclusión.

<sup>29</sup> Las restantes modificaciones, si bien de menor trascendencia para el marco objeto de nuestro estudio, son las que se señalan a continuación:

Se altera la redacción del tercer párrafo del artículo 10, que queda redactado como sigue: “Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las víctimas de violencia de género, de violencia sexual, o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta ley”.

Se modifica el primer inciso de la letra a) del apartado 2 y el apartado 4 del artículo 23, que quedan redactados del siguiente modo:

‘a) Las características y circunstancias personales de la víctima y en particular:’

‘4. En el caso de víctimas de algún delito contra la libertad sexual se aplicarán en todo caso las medidas expresadas en los párrafos a), b), c) y d) del artículo 25.1’.

redacción anterior, el inciso relativo a que la víctima presentase solicitud para ser informada y se cambia el inciso de “sin retrasos innecesarios” por “inmediatamente”. Y como objeto de información se mantienen las mismas resoluciones:

- a. La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal.
- b. La sentencia que ponga fin al procedimiento.
- c. Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como la posible fuga del mismo.
- d. Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima.
- e. Las resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a

Seis. Se modifican las letras b) y d) del apartado 1 del artículo 25, que quedan redactadas como sigue:

‘b) Que se les reciba declaración por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima, así como en perspectiva de género, o con su ayuda’.

‘d) Que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas a las que se refieren los números 3.º y 4.º de la letra b) del apartado 2 del artículo 23 y las víctimas de trata con fines de explotación sexual, se lleve a cabo por una persona que, además de cumplir los requisitos previstos en la letra b) de este apartado, sea del mismo sexo que la víctima, cuando esta así lo solicite, salvo que ello pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración directamente por un juez o fiscal’.

Se reforma la rúbrica y el apartado 1 del art. 26, que ahora lleva por título ‘Medidas de protección para menores, personas con discapacidad necesitadas de especial protección y víctimas de violencias sexuales’ y tiene la siguiente dicción literal:

“1. En el caso de las víctimas menores de edad, víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección y víctimas de violencias sexuales, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes:

a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) La declaración podrá recibirse por medio de personas expertas”.

En lo que respecta a las campañas de sensibilización, se reforma el tenor del art. 34 y se prevé que “Los poderes públicos fomentarán campañas de sensibilización social en favor de las víctimas, así como la autorregulación de los medios de comunicación social de titularidad pública y privada en orden a preservar la intimidad, la imagen, la dignidad y los demás derechos de las víctimas. Estos derechos deberán ser respetados por los medios de comunicación social”.

## Acerca de la tan célebre y criticada ley española del “Solo sí es sí”: principales aspectos procesales

sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima. En estos casos y a estos efectos, la Administración penitenciaria comunicará inmediatamente a la autoridad judicial la resolución adoptada para su notificación a la víctima afectada.

f. Las resoluciones a que se refiere el artículo 13.

En suma, a nuestro parecer y como referiremos a modo de conclusión, no parecen aportarse precisiones relevantes ni especialmente novedosas en el texto de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, si bien se valora favorablemente el cambio relativo al actual art. 7.1 de esta última norma.

### 7. Atención policial especializada

En el Título V de la LO 10/2022 se regula la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Así, en el art. 43 se recogen las previsiones relativas a la actuación policial especializada.

Se dispone que las unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas, así como las policías autonómicas y las policías locales que hayan acordado asumir dichas competencias, ampliarán su trabajo especializado a las violencias sexuales y desarrollarán protocolos de intervención y asistencia a víctimas en colaboración con los centros especializados en materia de igualdad y contra la violencia sexual y de género.

Además, se establece que se adaptarán todas las herramientas y protocolos policiales de trabajo para la recogida de información, la coordinación, la valoración del riesgo, la prevención, la atención, el seguimiento y la protección de las víctimas.

Inclusive, se contemplan especificaciones destinadas a proteger a las víctimas menores de edad, haciendo la precisa remisión al art. 50 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. Se contempla, además, que los órganos judiciales, los servicios sociosanitarios y los centros educativos facilitarán a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado toda aquella información de la que se deriven elementos que permitan determinar la existencia de

un riesgo para la integridad de la víctima o de su entorno.

Se apuesta por la formación y la especialización también en el sentido de que se reseña expresamente que las víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a ser atendidas por personal expresamente formado en materia de género y violencias sexuales, que brindará una respuesta con el mayor grado de sensibilidad, calidad, celeridad y eficacia posible, evitando actuaciones que representen un incremento de la victimización y la duplicación o repetición de las intervenciones.<sup>30</sup> Para los casos de víctimas menores de edad, se diseña una mayor especialización y así se prevé que, en tales supuestos, la atención policial y la investigación serán conducidas por unidades especializadas en la investigación y prevención de situaciones de violencia contra la infancia y la adolescencia y preparadas para una correcta y adecuada intervención ante tales casos.

Igualmente se incide en el deber de coordinación y colaboración entre los distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y los cuerpos de policía autonómica que desarrollen funciones de protección de las personas y bienes y el mantenimiento y orden de la seguridad ciudadana dentro de su territorio, con el objetivo de hacer efectiva la protección de las víctimas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deberán coordinarse y colaborar. Resulta evidente que para implementar una adecuada colaboración es preciso contar con formación específica en la materia y, en este sentido, el art. 46 dispone que:

El Gobierno, a través de acuerdos con las comunidades autónomas y las Entidades Locales, promoverá la formación y la colaboración de las policías autonómicas y locales con la finalidad de mejorar la respuesta policial frente a las distintas formas de violencia sexual, especialmente en lo relativo a la primera atención y a la protección de víctimas en situación de riesgo. Para ello, revisará y actualizará los acuerdos y protocolos en materia de colaboración entre los diferentes Cuerpos y

<sup>30</sup> Colateralmente, cabe subrayar que en la LO 10/2022 no solo se alude a la formación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ni de los médicos forenses, sino que también se incorporan previsiones sobre la formación en el ámbito de la abogacía de las Carreras judicial y Fiscal y de todo el personal al servicio de la Administración Pública, así como la formación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la formación en el ámbito penitenciario y otros centros de internamiento o custodia.

Fuerzas de Seguridad.<sup>31</sup>

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las policías autonómicas y locales competentes para dispensar protección efectiva a las víctimas en riesgo, deberán, tal y como preceptúa el art. 45 de la LO 10/2022, desplegar medidas de evaluación del riesgo y de protección orientadas a garantizar la no repetición de la violencia y a brindar protección efectiva ante represalias o amenazas, haciendo posible que las mujeres, niñas y niños vivan en condiciones de libertad y seguridad. Se establece que este tipo de medidas puedan mantenerse también en los casos de sobreseimiento provisional, si se valora su necesidad y respetando siempre el derecho a la intimidad de las víctimas.

Y en el mismo sentido, mediante las unidades especializadas, se deberá vigilar y controlar el cumplimiento exacto de las medidas acordadas por los órganos judiciales dirigidas a proteger a la víctima a través de la vigilancia de los investigados o condenados o el control de localización a través de dispositivos telemáticos de control del cumplimiento de penas y medidas de seguridad de alejamiento, cuando su utilización sea acordada mediante resolución judicial.

## 8. Particularidades en materia de extranjería

En el art. 36 de la LO 10/2022 se alude a la garantía de los derechos de las víctimas en situación administrativa irregular y así se establece, como medida de apoyo

<sup>31</sup> En este contexto y en lo que concierne a la investigación policial, el art. 44 de la LO 10/2022 determina que las administraciones públicas competentes arbitrarán todos los medios disponibles, incluidas las técnicas más avanzadas, para garantizar la eficacia de las investigaciones realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de verificar y acreditar los hechos que puedan constituir violencia sexual, siempre preservando la integridad e intimidad de las víctimas.

Las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que actúen en un mismo territorio colaborarán, dentro de su ámbito competencial, para lograr un eficaz desarrollo de sus funciones en el ámbito de la lucha contra la violencia sexual, en los términos previstos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, potenciarán la labor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad mediante el desarrollo de herramientas tecnológicas interoperables que faciliten la investigación de los delitos.

La cuestión que nos planteamos aquí es si la formación y la colaboración entre los distintos cuerpos policiales mejorará de manera efectiva a partir de la aplicación de la LO 10/2022 o si las previsiones de esta norma sobre tales aspectos servirán simplemente a modo de declaración de buenas intenciones.

y protección, que las víctimas de violencias sexuales en situación administrativa irregular, de acuerdo con la legislación de extranjería, gozarán de los derechos reconocidos en la LO 10/2022 en igualdad de condiciones con el resto de las víctimas. De esta suerte, se trata de impedir que puedan surgir situaciones de discriminación en el tratamiento de víctimas de violencia sexual extranjeras (con respecto a las víctimas de violencia sexual nacionales). Se procura así impedir que las víctimas de violencia sexual extranjeras en situación administrativa irregular sufran una vulnerabilidad.

Asimismo, estas víctimas tendrán derecho a la residencia y trabajo en los términos previstos para las autorizaciones por circunstancias excepcionales en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en aquellos supuestos no regulados en esta norma y que serán desarrollados reglamentariamente.

En la Disposición final sexta se procede a la modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Se modifica así el artículo 31 bis, sobre Residencia temporal y trabajo. Se garantiza aquí el reconocimiento y protección a las mujeres extranjeras, con independencia de su situación administrativa, de los derechos contemplados en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en caso de que sean víctimas de violencia de género; y los derechos reconocidos en la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, en caso de que sean víctimas de violencias sexuales; así como, en ambos casos, a las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

Se prevé como medida de tutela y protección que, si al denunciarse una situación de violencia de género o de violencia sexual contra una mujer extranjera se pone de manifiesto su situación irregular,<sup>32</sup> no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a, y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución

<sup>32</sup> Obviamente, al identificar a la víctima denunciante, pueden saltar (y saltarán) los datos e información relativos a su situación administrativa (regular o irregular, según el caso).

**Acerca de la tan célebre y criticada ley española del “Solo sí es sí”: principales aspectos procesales**

de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas. De esta forma, se proporciona tutela y seguridad jurídica a mujeres extranjeras que puedan estar en situación irregular y que por mor de tal circunstancia, aun siendo víctimas de violencia sexual, decidan no interponer denuncia, por temor a la apertura de expedientes administrativos sancionadores y las consecuencias que de los mismos se pueden derivar, máxime cuando tienen hijos menores a cargo.

Además, se determina que la mujer extranjera que se halle en esa situación podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género o sexual. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o a través de representante, también podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de dieciséis años y se encuentren en España en el momento de la denuncia.

Se establece, además, que sin perjuicio de lo anterior la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia provisionales a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de dieciséis años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia. Las autorizaciones provisionales eventualmente concedidas concluirán en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales.

Se facilita así que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género y violencia sexual puedan regular su situación administrativa / de residencia en España y recibir la debida y efectiva tutela por las autoridades administrativas y judiciales. Las facilidades para obtener autorización de residencia y trabajo

resultan primordiales para que la víctima (de violencia de género y/o violencia sexual) pueda valerse y sustentarse por sí misma, sin verse abocada a tener que llegar a depender de su agresor (por ausencia de recursos) o a regresar obligada a su país de origen con el riesgo que ello puede entrañar.

Si el procedimiento penal concluye con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género o de violencia sexual, incluido el archivo de la causa por encontrarse el investigado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado, se notificará a la víctima extranjera (interesada) la concesión de las autorizaciones solicitadas. Y en el supuesto de que no se hubieran solicitado, se le informará de la posibilidad de concederlas, otorgándole un plazo para su solicitud.

No obstante, si el procedimiento penal concluye sin que se pueda deducir la situación de violencia de género o sexual, se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a o se continuará el mismo, en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente.

## 9. Otras previsiones de interés

En la Disposición final vigésima se contemplan algunas previsiones para procurar la especialización en violencias sexuales. Así se dispone, en primer término, que en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta ley orgánica, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dirigido a establecer, a través de los cauces previstos en la propia norma, la especialización en violencia sexual de la Fiscalía y los jueces que sirvan o pretendan servir en juzgados de violencia sobre la mujer. Y con este propósito, se revisarán las competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer y de la fiscalía contra la violencia sobre la mujer, así como las pruebas selectivas de especialización de jueces y magistrados. Todo ello contará con la dotación presupuestaria necesaria a tales fines.

En segundo término, se contempla que, de la misma manera y en el mismo plazo, se procederá a regular la composición y funcionamiento de los equipos

técnicos adscritos a los juzgados de violencia sobre la mujer y la forma de acceso a los mismos de acuerdo con los criterios de especialización y formación recogidos en esta ley orgánica, así como a la realización de las modificaciones legislativas que sean necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente disposición.

Estas medidas responden a la necesidad de promover e implementar de forma real y eficaz la formación en materia de especialización en violencia en materia de especialización en materia de especialización en violencia sexual de jueces, fiscales y equipos técnicos. No obstante, veremos si tal tarea se acomete en plazo (o con demora) y en debida forma y con la suficiente eficiencia y eficacia.

Asimismo, en la Disposición final vigesimoprimer a se aborda lo relativo a la *asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales* para prever que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de reforma de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, al objeto de garantizar la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencias sexuales, en los términos y con los objetivos previstos en esta ley orgánica. Se pretende modificar la ley de acceso a la asistencia jurídica gratuita, consideramos que con la intención de evitar el perjuicio económico que puede implicar el mero hecho de litigar y, en singular, en el caso de las víctimas de violencia sexual, de personarse como acusación particular. De esta forma, las víctimas (parece que con independencia de sus recursos) no tendrán que incurrir en gastos para litigar y tendrán así un cierto aliciente (o garantía añadida) para personarse como acusación particular y participar de forma activa en el procedimiento penal derivado del delito sexual que han sufrido. Valoramos esta previsión positivamente como medida de apoyo y protección a las víctimas de violencia sexual (manifestación de violencia de género en la mayoría de los casos), si bien habrá que esperar a que el legislador actúe en el plazo estipulado.

## 10. Conclusiones: especial mención al olvido del verdadero sentido de la justicia restaurativa

En resumidas cuentas, en el presente trabajo, tomando en consideración los límites de extensión previstos

para el mismo, hemos procurado comentar las novedades procesales más reseñables que prevé la citada LO 10/2022, de 6 de septiembre, amén de lo relativo a la modificación operada sobre el art. 14.3 de la LECrim, por la LO 4/2023, de 27 de abril.<sup>33</sup>

Con todo, cabe preguntarse si las reformas (en general) implementadas por esta norma eran realmente necesarias o si esta Ley se ha aprobado más bien tratando de dar respuesta a ciertos reclamos (con tildes populistas) de corrientes feministas. En efecto, algunas de las previsiones que se recogen en este nuevo texto legal ya se albergaban anteriormente en nuestro ordenamiento jurídico, en la propia LECrim, en la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima o en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.<sup>34</sup> A título de ejemplo, ya el art. 44 de esta úl-

<sup>33</sup> En relación con la disposición transitoria cuarta de dicha norma, sobre procedimientos penales en tramitación.

<sup>34</sup> Apuntaba ya Marín de Espinosa Ceballos a la existencia de duplicidades entre la LO 1/2004, de 28 de diciembre con respecto a la versión del Anteproyecto de ley de garantía integral de la libertad sexual que “como ley integral, pretende ofrecer una respuesta multidisciplinar para combatir las violencias sexuales contra las mujeres. De ahí que su estructura sea muy similar a la que presenta la actual LO 1/2004, coincidiendo en las finalidades, en las medidas, en las propuestas y en la atribución de competencias a los órganos que ya fueron creados por esa Ley (como la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, los Juzgados de violencia sobre la mujer o la Fiscalía contra la violencia sobre la mujer), aunque, evidentemente, en el Anteproyecto éstas se refieren exclusivamente a las violencias sexuales”. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario (Ejemplar dedicado a: La reforma de los delitos sexuales)*, núm. 150 (2021), p. 8.

Asimismo, critica la citada autora, con quien convenimos, que “no es adecuado técnicamente crear una nueva norma que sólo aborde las violencias sexuales por razón de género. La violencia sexual es, desde luego, un tipo de violencia de género y, como tal, su tratamiento solo puede abordarse en una ley genérica contra la violencia de género. De lo contrario, esto es, si se ofrece un tratamiento fraccionado de cada tipología de violencia (sexual o no), diferenciando la relación de la víctima con su agresor (pareja, expareja o sin vinculación afectiva), se incurre en incoherencia por varios motivos: por un lado, se traslada a la sociedad un mensaje erróneo del fenómeno de la violencia de género (la que se comete en la pareja, diferenciada de la sexual). Además, se duplica el esfuerzo para combatir la violencia de género (de equipos especializados para aplicar cada ley, de formación de personal, de presupuestos, de recursos, de instituciones, etc.). A su vez, se crean dos categorías de víctimas (las de violencia de género y las de la violencia sexual) [...] Además, la propuesta legislativa provoca un efecto adverso, ya que perpetúa el concepto erróneo de violencia de género limitado a la relación de pareja o expareja auspiciado por la LO 1/2004. Y expulsa incomprensiblemente a las violencias sexuales ejercidas contra la mujer del ámbito del ‘género’”. *Ibidem*, p. 9.

Al hilo de esta crítica, esta autora proponía como alternativa a

## Acerca de la tan célebre y criticada ley española del “Solo sí es sí”: principales aspectos procesales

tima norma introdujo el art. 87 ter de la LECrim, en el cual se incluyó la prohibición de hacer uso de mediación en asuntos donde existan conductas de violencia de género.<sup>35</sup> ¿Por qué ahora entonces se modifica el art. 3.1 de la Ley 4/2015 y se añade como segundo inciso: “En todo caso estará vedada la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género”? ¿Y por qué se hace ignorando y eludiendo el verdadero significado y sentido de la justicia restaurativa, salvo en lo que respecta al proceso de menores donde, si bien con garantías añadidas, se permite articular la conciliación (más bien mediación) en materia de violencia sexual?

Existen distintos métodos o sistemas que se pueden encuadrar dentro de la filosofía de la justicia restaurativa. Ciertamente, la mediación es la herramienta más conocida en nuestro ordenamiento jurídico, pero no es la única (existiendo también otras como los círculos sentencia). El legislador arrastra la confusión entre los términos justicia restaurativa, mediación y mediación penal y, quizás por eso, además de por utilizar ciertos tintes paternalistas en el tratamiento de las víctimas, excluye categóricamente la posibilidad de acudir a mediación en situaciones de violencia de género. No obstante, existe un sector doctrinal que considera que previo empoderamiento de la víctima, si se garantiza su seguridad y su participación con plena voluntariedad, podría resultar sanador participar en procesos restaurativos. Ello podría, por un lado, ayudar a la responsabilización del autor de los hechos (que también tendrá que tener voluntad de participar y de responsabilizarse de sus actos) y a su consiguiente reeducación y re-

socialización. Y, por otro lado, contribuiría a sanar a la víctima, para que pueda expresar sus sentimientos, emociones, qué fue lo que sintió, qué efectos le generó la situación de violencia vivida y para que pueda desmarcarse y despojarse de su rol de víctima, viendo a su agresor, comunicándose con él y fortaleciéndose psicológica y emocionalmente para poder llegar a superar el trauma del delito.

Los operadores jurídicos tienden a confundir la mediación con la mediación penal y también erróneamente suelen equiparar la mediación penal con la disminución del reproche punitivo. Se excluye así todo tipo de mediación (y conciliación) cuando existe violencia de género y violencia sexual sin reparar en la existencia de otros procesos restaurativos que integran a víctimas indirectas y a la comunidad y que pueden resultar constructivos, sanadores (reconfortantes) y aptos para la resocialización y reinserción del delincuente y reforzamiento de la víctima y la comunidad y, por extensión, para la pacificación social. Se aparta la posibilidad de implementar procesos restaurativos post sentencia (como sería el caso de la mediación penitenciaria) y se elude la realidad de episodios de violencia aislada, primeras agresiones o agresiones mutuas donde no tiene por qué existir el patrón característico (de sumisión de la víctima a su agresor) de la violencia de género.

En resumidas cuentas, se obvia la realidad de que si la violencia de género, y la violencia sexual como una de las manifestaciones de esta lacra, obedecen precisamente a patrones culturales patriarcales, lo que se precisa es un cambio de cultura y mentalidad y es claro que los procesos restaurativos pueden tender puentes en ese sentido. Se priva, en definitiva y paradójicamente, a las víctimas de delitos sexuales (víctimas a las que se está considerando de especial importancia dedicándoles una Ley Orgánica) de la facultad de decidir si quieren participar en justicia restaurativa.<sup>36</sup> Y la intención de protegerlas no puede

la aprobación de la actual LO 10/2022, modificar la LO 1/2004, al objeto de ampliar el sujeto pasivo para que la protección se extendiese a todas las mujeres, así como incluir efectiva y expresamente en dicho instrumento legal a todos los tipos de violencia de género, a fin de otorgarle el mismo tratamiento integral. *Ibidem*, p. 10.

<sup>35</sup> Es cierto que el art. 87 ter regula la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y al incluirse en su tenor la prohibición, ello podía dar lugar a dudas de interpretación en el sentido de preguntarse si cuando un asunto esté en fase de enjuiciamiento ante el juzgado de lo penal o en fase de ejecutoria, por ejemplo, se podría o no hacer uso de la mediación.

Con todo, la interpretación que se ha venido haciendo de la prohibición legal es extensiva, estimando que mientras no se levante la misma, no resultará posible hacer uso de mediación.

Inclusive dicha prohibición, precisamente al estar incorporada en tal precepto, impide que se pueda mediar en asuntos civiles (separaciones, divorcios, nulidades matrimoniales, medidas de guarda y custodia de menores, procesos de filiación...) cuando concurren situaciones de violencia de género.

<sup>36</sup> En relación con lo aquí expuesto, *vid.* ALONSO SALGADO, C., “Mediación penal sí, pero no así: argumentos críticos en relación a su actual regulación en el proceso penal”, en PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C.; DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, M. L.; MARTÍN-RÍO, P.; PÉREZ MARÍN, M. Á. (Coords.), *La administración de justicia en España y en América: José Martín Ostos (Liber amicorum)*. Universidad de Sevilla. Departamento de Derecho Procesal, 2021, pp. 95-76.

ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “La mediación en los casos de violencia de género. ¿Es posible?”, en LÓPEZ DÍAZ, A. J.; GONZÁLEZ PENÍN, A.; AGUAYO LORENZO, E., *Roles de género nun mundo globalizado [Recurso electrónico] / II Xornada Universita-*

configurarse como excusa o justificación, por cuanto los mediadores y facilitadores deben contar con formación suficiente para identificar cuándo una víctima y un agresor pueden someterse a un proceso restaurativo y cuando no. Evidentemente, en situaciones que supongan peligro o riesgo para la víctima no se articularía ningún proceso restaurativo. De la misma forma que tampoco se pondría en marcha un proceso de mediación ni ningún otro mecanismo restaurativo, si la víctima rechaza participar porque no se siente preparada o simplemente porque no quiere hacerlo o cuando el agresor no tenga vocación de autorresponsabilizarse de sus hechos y reparar el daño causado.<sup>37</sup>

Y a modo de reflexión final, resta matizar que, si bien las modificaciones implementadas a través de la LO 10/2022 y la ulterior la LO 4/2023, de 27 de abril, se refieren en su mayor parte al Código Penal, en este trabajo (habida cuenta de nuestro perfil académico) nos hemos centrado precisamente en resaltar los aspectos que se ven afectados en lo que atañe al ámbito procesal y, en este sentido, hemos de poner el acento en la idea, ya apuntada por Pérez Ragone, de que son las reglas procesales (del derecho adjetivo) las que posibilitan que se pueda otorgar la tutela judicial efectiva del derecho sustantivo o material. Ambas categorías (derecho adjetivo o procesal y derecho sustantivo o material) caminan indisolublemente de la mano, conformando una especie de simbiosis (como sucede con las dos caras de un folio), de modo que una sin la otra se torna carente de sentido, proyección y efectividad.<sup>38</sup>

## 11. Referencias bibliográficas

ALONSO SALGADO, C., “Mediación penal sí, pero no así: argumentos críticos en relación a su actual regulación en el proceso penal”, en Pérez-Luño Robledo, E. C.; Domínguez Barragán, M. L.; Martín-Río, P.; Pérez Marín, M. Á. (Coords.), *La administración de justicia en España y en América:*

*ria Galega en Xénero, XUGeX.* Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, 2014, pp. 255-261.

<sup>37</sup> Y puede ser que inicialmente ni agresor ni víctima estén preparados, pero que con un trabajo previo e individualizado con profesionales puedan llegar a estarlo y cambien de opinión y decidan participar en un proceso restaurativo.

<sup>38</sup> PÉREZ RAGONE, Á. “El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 41, Diciembre 2018, pp. 255-258. ISSN 0122-9893. DOI: 10.18601/01229893.n41.10

*José Martín Ostos (Liber amicorum).* Universidad de Sevilla. Departamento de Derecho Procesal, 2021, pp. 95-76.

ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “La mediación en los casos de violencia de género. ¿Es posible?”, en LÓPEZ DÍAZ, A. J.; GONZÁLEZ PENÍN, A.; AGUAYO LORENZO, E., *Roles de xénero nun mundo globalizado [Recurso electrónico] / II Xornada Universitaria Galega en Xénero, XUGeX.* Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, 2014, pp. 255-261.

ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “Utilidad y práctica de la prueba de ADN en procesos por delitos de violencia sexual”, en IGLESIAS CANLE, I. C.; BRAVO BOSCH, M. J. (Dirs.), *Libertad sexual y violencia sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 407-436.

CALAZA LÓPEZ, S., “El “principio de oportunidad” penal”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.); SANDE MAYO, M. J.; TORRADO TARRÍO, C. (Coords.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004.* Universidade de Santiago de Compostela, 2014, pp. 243-267.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Problemas que presenta el tratamiento legal y jurisprudencial de la violencia de género”, en Castillejo Manzanares, R. (Dir.); SANDE MAYO, M. J.; TORRADO TARRÍO, C. (Coords.), *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004,* Universidade de Santiago de Compostela, 2014, pp. 49-70.

DOMINGO, V. “Acerca de qué es mediación, mediación penal y otros conceptos similares y para muchos confusos”, *Criminología y Justicia*, núm. 4, 2012, pp. 12-14.

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M., “Breves referencias a las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, de reforma de la ‘ley del solo sí es sí’”, *Blog Sepín*, 04 de mayo de 2023 - 08:15. Texto disponible en: <https://blog.sepin.es/modificaciones-ley-solo-si-es-si> (Última consulta: 06/05/2023).

IGLESIAS CANLE, I. C.; ÁLVAREZ BUJÁN, M. V., “La tutela y protección de la víctima de violencia de género: las últimas reformas procesales” en IGLESIAS CANLE, I. C.; GONZÁLEZ-ARES FERNÁNDEZ, J. A.; ÁLVAREZ BUJÁN, M. V.

## Acerca de la tan célebre y criticada ley española del “Solo sí es sí”: principales aspectos procesales

- (Coords.), *El principio de igualdad desde un enfoque pluridisciplinar: prevención y represión de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 117-140.
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I., “Las víctimas necesitadas de especial protección en el Estatuto de la Víctima del Delito: modificaciones introducidas en el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, en MARTÍN RÍOS, P.; PÉREZ MARÍN, M. Á. (Dirs.); PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C.; DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, M. L. (Coords.), *La administración de justicia en España y en América: José Martín Ostos (Liber amicorum)*, Astigi, Sevilla, 2021, pp. 1131-1154.
- MAGRO SERVET, V., “Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual”, *Diario La Ley*, 07/09/2022. Texto disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/09/13/cuestiones-comparativas-de-modificacion-del-codigo-penal-y-otras-leyes-con-la-nueva-ley-organica-10-2022-de-6-de-septiembre-de-garantia-de-la-libertad-sexual>
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “Por qué es innecesaria e inconveniente una ley integral en garantía de la libertad sexual”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario (Ejemplar dedicado a: La reforma de los delitos sexuales)*, núm. 150, 2021, pp. 1-17.
- PÉREZ RAGONE, Á. “El impacto del diálogo entre derecho sustantivo y derecho procesal”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 41, Diciembre 2018, pp. 255-258. ISSN 0122-9893. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.10>
- SANZ HERMIDA, Á. “La víctima en el proceso penal de menores”, *Anuario de justicia de menores*, núm. 1, 2001, pp. 183-226. ISSN 1579-4784.
- SANZ HERMIDA, Á. “La mediación en la justicia de menores”, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N.; SANZ HERMIDA, Á.; ORTIZ PRADILLO, J. C. (Coords.), *Mediación: un método de ? conflictos: estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, pp. 155-174. ISBN 978-84-8342-224-3.

## El lavado de dinero y la recuperación de activos en México

**Humberto Ayala Herrera**

*Abogado Postulante, Doctor en Ciencias Penales, Profesor del Instituto Nacional de Ciencias Penales Inacipe y Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa.*

**RESUMEN:** Derivada de las directrices internacionales, México ha centrado su atención en el delito de lavado de dinero, llamado operaciones con recursos de procedencia ilícita, convirtiéndolo en uno de los ejes fundamentales de su política criminal, lo que constituye una evidente manifestación expansiva del derecho penal, rompiendo los postulados de un derecho penal garantista, de carácter subsidiario y de mínima intervención, convirtiendo al derecho penal en un mero instrumento político de represión, confundiendo con ello el correspondiente objeto del delito, con el objeto de tutela de la norma penal, ninguna reforma penal puede ser aceptada si no se encuentra perfectamente encaminada a la verdadera protección de un bien jurídico.

**PALABRAS CLAVE:** Lavado de activos, Ampliación de la pena, Narcotráfico, Crimen organizado.

**ABSTRACT:** Derived from international guidelines, Mexico has focused its attention on the crime of money laundering, called operations with resources of illicit origin, making it one of the fundamental axes of its criminal policy, which constitutes an evident expansive manifestation of Criminal Law, breaking the postulates of a guaranteeing Criminal Law, of a subsidiary nature and of minimal intervention, turning the Criminal Law into a mere political instrument of repression, thereby confusing the corresponding object of the crime, with the object of protection of the penal norm, no reform penal can be accepted if it is not perfectly aimed at the true protection of a legal right protected.

**KEYWORDS:** Money laundering, Expansion of the punishment, Drug trafficking, Organized crime.

## El lavado de dinero y la recuperación de activos en México

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Breve referencia legislativa del delito de lavado de dinero en México. 3. La defraudación fiscal como delito previo en el marco nacional mexicano. 4. Lavado de dinero: la batalla que México ha perdido contra el crimen organizado. 5. Recuperación de activos en México. 6. Bibliografía.

## 1. Introducción

Como señala el profesor español Ignacio Berdugo Gómez de la Torre:

... hoy vivimos en un tiempo de encrucijada donde la tensión eficacia-garantía consustancial al ordenamiento punitivo, se ha resuelto con excesiva frecuencia a favor del endurecimiento y de la expansión punitiva. Sin embargo, la realidad machaconamente nos demuestra que penas más graves, que más Derecho penal, no es necesariamente igual a menos delito, a una mayor eficacia.<sup>1</sup>

Es evidente que, ante el expansionismo penal que conlleva a la aparición efectiva de nuevos riesgos,<sup>2</sup> existen causas legítimas para la tipificación de nuevas conductas,<sup>3</sup> ello derivado de que la propia realidad social es cambiante y con ello también los bienes jurídicos. Es por ello que debemos tener presente que el derecho penal siempre se ve condicionado por la realidad social que impere, dando como consecuencia la criminalización de hechos de escaso valor por parte del legislador, convirtiendo al derecho penal en la única ratio, ocasionando con ello una verdadera hipertrofia del derecho penal, sobre todo en las cri-

minalidades como la económica, que en su actuar se vulneran diversos bienes jurídicos de creación novedosa, así como diversos de naturaleza colectiva. Esto conlleva a la tutela de bienes jurídicos tomando como parámetro no la efectiva lesión al bien jurídico, sino una anticipación a los resultados lesivos, pasando por alto la importancia que la figura del bien jurídico tiene para tal efecto. Es por ello, como afirma Hassemer, que:

La política criminal moderna, se aparta de las formas de tipificación de conductas y determinación de bienes jurídicos propios del Derecho Penal tradicional. Su forma delictiva característica es el delito de peligro abstracto y el bien jurídico universal vagamente configurado... las reformas se centran en la Parte Especial y no comportan la disminución del peso ni el repliegue del Derecho Penal. Todo lo contrario, agravan las prescripciones y amenazas penales existentes a los ámbitos tradicionales y a otros nuevos... en el Derecho procesal penal las modernas orientaciones tienden al endurecimiento y desformalización de los instrumentos internacionales.<sup>4</sup>

Sin lugar a dudas, como afirma el profesor español Juan Terradillos Basoco:

... el delito de lavado de dinero responde a uno de los problemas económicos más graves que el Estado Mexicano padece en la actualidad y a uno de los delitos más graves de la criminalidad organizada contemporánea, el fenómeno de la globalización en el ámbito de la criminalidad se manifiesta mediante una dimensión transnacional de determinadas formas de delinquir...<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, "Prólogo", en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Sanz Mulas, Nieves (coords.): *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada, 2005, p. IX.

<sup>2</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, pp. 11 y 12.

<sup>3</sup> "La sociedad actual se caracteriza por su capacidad para generar riesgos que escapan a un control basado en los mecanismos tradicionales de la previsión razonable y el cálculo de probabilidades de las ciencias naturales. Los cambios tecnológicos y sociales tan vertiginosos de los últimos tiempos nos sitúan ante una perspectiva de riesgos incalculables [...] Muchos de esos riesgos, están presentes en la producción industrial que se realiza en la actualidad a través de organizaciones empresariales complejas. En nuestra sociedad postindustrial, la empresa constituye uno de los principales entes generadores de riesgos". Cfr.: Zúñiga Rodríguez, Laura: "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal" en Ruiz Rengifo, Hoover W. (coord.) AA.VV.: *Criminalidad organizada y Delincuencia económica*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2002, p. 61.

<sup>4</sup> Hassemer, Winfried. *Perspectivas del derecho penal del futuro*. Revista Penal, 1998. P. 37

<sup>5</sup> Terradillos Basoco, J., "El derecho de la globalización: luces y sombras" en *Transformaciones del derecho en la mundialización*, n° 16, Capella Hernández (Dir.), Madrid, 1999, en Cortés García, Javier, Aspectos jurídico y criminológicos del tipo básico del delito de blanqueo de capitales, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, España, 2021. P. 164.

Como efectivamente lo manifiesta el Prof. Dr. Miguel Abel Souto,<sup>6</sup> tomando como referencia a Levi:<sup>7</sup>

... el blanqueo de dinero constituye un “delito de globalización”, cuya importancia en la actualidad resulta trascendental debido a la crisis económica que padecemos, pues las organizaciones criminales, impulsadas fundamentalmente por el tráfico de drogas y caracterizadas por una creciente naturaleza transnacional, con sus actividades ilegales cada vez debilitan más la economía y penetran en el sistema financiero.<sup>8</sup>

A juicio del citado tratadista español, “La internacionalización del sector financiero no sólo ha traído las ventajas de la celeridad y de la seguridad en las transacciones financieras, sino que desgraciadamente también ha mejorado las modalidades y la expansión del blanqueo de dinero”.<sup>9</sup>

Para el Prof. Dr. Fernández Zacur, las estructuras criminales se han transformado en forma cualitativa, y en relación directa con el incremento de los índices de la delincuencia, fenómeno este que ha denominado delincuencia organizada, la cual acompañada de un escenario de violencia y corrupción constituye un problema de carácter global que se expande con consecuencias negativas para la sociedad, por lo que el crimen organizado, opera desde su estructura, de forma muy similar a las grandes sociedades, al grado de equipararse a diversas empresas multinacionales, sino que se infiltran y operan en diversos tipos de empresas legales y remunerativas.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Conferencia pronunciada en Pekín, el 27 de octubre de 2014 en “The sixth session of the international forum on crime and criminal law in the global era: safety of food and drugs”.

<sup>7</sup> M. Levi, “Crimes of Globalization: some measurement issues”, en M. Joutsen (ed.), *New types of crime. Proceedings of the International Seminar Held in Connection with Heuni’s Thirtieth Anniversary*, Helsinki 20 octubre 2011, Heuni, Kelsinki, 2012, p. 107.

<sup>8</sup> Berrueto, Rafael, “El delito de lavado de dinero y el derecho penal del enemigo”, *Revista de Derecho Penal Económico*, Tomo 2020-1, Derecho Bancario, Cambiario y Financiero, Relación con el Derecho Penal, p. 5

<sup>9</sup> Abel Souto, Miguel, “El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social”, *Revista Penal México*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm 5, septiembre de 2013-febrero 2014, p. 129.

<sup>10</sup> Fernández Zacur, José Miguel. “Autoría y participación en la asociación criminal y sus delitos-fines. Visión desde el derecho penal paraguayo”. Ponencia dictada en el *VI Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, publicada por Tirant Lo Blanch, Coordinadores Miguel Abel Souto y Nielson Sanchez Stewart, Julio 2018.

Hoy en día y más en México, la delincuencia organizada se gesta y proyecta desde un grupo humano bien estructurado, por lo general con suficientes recursos económicos para financiarse, abastecerse, utilizar velos corporativos para esconder sus actividades ilícitas y proteger a los suyos. Se trata de una criminalidad grupal altamente depredadora, con mecanismos internos de cohesión, premios y castigos que dificultan la deserción, donde quien ordena no ejecuta y quienes lo hacen deben asegurar la producción del resultado.

Así, el sistema capitalista en el mundo globalizado crea una dinámica especial en la criminalidad organizada, ya que el principal interés que rige sus actividades es la búsqueda de un lucro que de origen es ilícito, mediante la explotación del mercado de bienes y servicios prohibidos, con la correspondiente contaminación de la sociedad del mundo empresarial y político.<sup>11</sup>

Debido a lo anterior, podemos mencionar que, como lo afirma el profesor José Fernández de Cevallos:

... la magnitud de los efectos negativos que produce el lavado de dinero en todos los niveles y ámbitos de una sociedad, ha hecho que incluso la doctrina que critica la expansión del Derecho Penal, y que niega legitimidad al Derecho Penal Económico, reconozca la necesidad de la intervención punitiva en tratándose del blanqueo de capitales, como es el caso del Prof. Silva Sánchez que pone de relieve la existencia de un espacio de “expansión razonable” del Derecho Penal...<sup>12</sup>

Y también se “aclara que para que sea razonable la intervención estatal, se debe de tratar de grandes sumas de activos que sean capaces de afectar el orden económico”.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Zúñiga Rodríguez, Laura, *Criminalidad organizada y delincuencia económica*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá p. 22

<sup>12</sup> Fernández de Cevallos y Torres, José, *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2013. Pp. 152-153, en Silva Sánchez, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, Buenos Aires – Montevideo, pp. 12 y 13. Constituye para el Prof. Dr. Miguel Abel Souto, un “antitético híbrido de imprecisión y exactitud, ya que supone un contraste entre el laxismo técnico jurídico que entraña el primer término y la precisión que se pretende con el segundo.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 153.

## El lavado de dinero y la recuperación de activos en México

**2. Breve referencia legislativa del delito de lavado de dinero en México**

De acuerdo con el Informe de Evaluación Mutua *Anti Lavado de Activos y Contra el Financiamiento al Terrorismo*, dado a conocer el 17 de octubre de 2008 por el Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), México enfrenta actualmente una amenaza sin precedentes a su seguridad y estabilidad nacional debido al tráfico de drogas y al crimen organizado.

Al ser un tema central para el Estado mexicano como resultado de los compromisos internacionales adquiridos, específicamente con el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI),<sup>14</sup> del que México forma parte desde el año 2000, en 1996 dicha organización emitió cuarenta recomendaciones<sup>15</sup> encaminadas a reforzar la prevención y el combate al lavado de dinero.

Como era de esperarse con el transcurso del tiempo, dichas recomendaciones se han ido modificando para atender las circunstancias cambiantes en torno al lavado de dinero y al financiamiento al terrorismo.<sup>16</sup> Como consecuencia de ello, fue presentada una iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones a la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita,<sup>17</sup> en cuya exposición de motivos se reconoce la existencia de activos procedentes de delitos como el narcotráfico, la trata de personas, el tráfico ilegal de hidrocarburos, la falsificación, la evasión fiscal, extorsión, etcétera.

Al contrario de lo que ocurrió en Estados Unidos de América, nuestro país empezó su lucha contra el fenómeno del lavado de dinero con la penalización, suscribiendo en primer término la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas<sup>18</sup> (Convención de Viena) y, con esta manifestación de voluntad, expresó su interés en tomar medidas contra el lavado de dinero.

El 28 de diciembre de 1989, tuvo lugar la primera tipificación en la legislación mexicana, en el que se adicionó al Código Fiscal de la Federación el artículo 115 bis, conocido como un delito innominado, ubicada dentro del Título Cuarto relacionado con las infracciones y delitos fiscales, dicho numeral fue reformado en dos ocasiones. La primera, el 3 de diciembre de 1993, entrando en vigor el 1° de enero de 1994, reforma consistente en la adición del párrafo tercero y cuarto en la que se prevé la imposición de sanciones a los miembros del sistema financiero mexicano, y la segunda de las mencionadas tuvo lugar el 28 de diciembre de 1994, en la que se adicionan las Sociedades Financieras de Objeto Limitado (SOFOLES) como parte de dicho sistema financiero.

A pesar de que las conductas relacionadas con el lavado de dinero se encontraban establecidas en la legislación fiscal, particularmente en el artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación, el gobierno federal, con el fin de adecuar la legislación mexicana a las nuevas formas de criminalidad y cumplir a cabalidad con lo establecido en la Convención de Viena, presenta un proyecto de reforma de ley en el que se derogó dicho numeral del Código Fiscal de la Federación y, por consiguiente, se dio la creación del delito denominado Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, contemplado en el 400 bis del Código Penal Federal.

**3. La defraudación fiscal como delito previo en el marco nacional mexicano**

Llevando a cabo un ejercicio de derecho comparado, se puede referir que el fraude fiscal se toma como actividad delictiva anticipadamente al lavado de dinero, pero la defraudación fiscal se encuentra delimitada a un monto específico. Pero ¿qué pasa con los fondos criminales? Los delincuentes tratarán de distraer la atención de estos para evitar ser fiscalizados y, aun cuando decidan pagar impuestos de los ingresos que lavan, no pagarán la mayor parte, y lo harán si y solo si los ingresos han perdido el rastro de su origen criminal.

Cuando una persona evade el pago de impuestos al fisco, incurre en un ilícito cuando pretende darle la categoría de ingresos que no deben ser sometidos a tributación o maquilla el origen para pagar lo menos que pueda de impuestos.

<sup>14</sup> [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/80948/VSP\\_P\\_GAFI\\_13042016.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/80948/VSP_P_GAFI_13042016.pdf)

<sup>15</sup> <https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones>

<sup>16</sup> García Gibson, Ramón, *Prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo*, 1a. Edición, México: INACIPE, 2009.

<sup>17</sup> [https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2019-02-07-1/assets/documentos/Inic\\_MORENA\\_RPI.pdf](https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2019-02-07-1/assets/documentos/Inic_MORENA_RPI.pdf)

<sup>18</sup> La Convención fue firmada el 16 de febrero de 1989 y ratificada el 27 de febrero de 1990.

Sin embargo, el crimen organizado lava el dinero dando la apariencia de que sus recursos los obtuvo de manera legal cuando su obtención fue por medios ilegales.

Considerando lo anterior, cabe señalar que el permitir que el producto del delito pague impuestos sería legitimarlo, lo cual sería a todas luces indebido. Y aquí es importante aclarar que un defraudador fiscal debe enfrentar justo el reproche por ese delito, pero quien lava dinero es un delincuente y el delito que deberá enfrentar es el de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

No debemos confundir a los defraudadores fiscales (a quienes, por cierto, se les aplica la ley con todo rigor como el derecho penal del enemigo) con los delincuentes, quienes pretenden que sus actos criminales sean transformados en legales.

Cuando se le llama defraudación fiscal al involucramiento de recursos que provienen del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita se puede ver reflejada una política criminal recaudadora del Estado mexicano, pasando por alto los principios limitadores del *ius puniendi*, llegando al extremo de que cualquier contribuyente obligado con el fisco federal al no cubrir el correspondiente pago de sus tributos sea considerado por ese simple hecho autor del delito de lavado de dinero. Solo estaría legitimado el utilizar al delito de defraudación fiscal como delito previo al de lavado de dinero cuando los beneficios económicos procedan del crimen organizado.

La propuesta que ha tomado el gobierno mexicano con relación al tema es otorgarle la calidad de delincuentes organizados a las empresas fantasma y a aquellos contribuyentes que expidan, enajenen, compran o adquieren comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, con el régimen de excepción que ello conlleva. Es decir que dichos delitos son contemplados dentro del catálogo constitucional de prisión preventiva oficiosa, lo que conlleva a la restricción de beneficios procesales, como lo es la libertad durante el correspondiente proceso penal, ocasionando con ello un verdadero terrorismo fiscal violatorio del principio de presunción de inocencia y en un completo desapego de los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado.

Cuando las organizaciones de hecho o personas jurídicas entran a funcionar en el sistema económico

del país y lo hacen por las vías legales, no pueden ser considerados delincuentes organizados, ya que las empresas no están organizadas para cometer delitos y mucho menos se da la connotación de realizarlo de modo permanente y el origen lícito que se da en el delito de defraudación fiscal hace imposible darle la connotación de delincuencia organizada, lo que nace lícito se convierte en ilícito por los montos establecidos en la ley, lo que se ha hecho es crear determinados carteles (no de drogas) sino carteles de las empresas, carteles de bancos, una situación muy grave que estamos viviendo en México.

#### **4. Lavado de dinero: la batalla que México ha perdido contra el crimen organizado**

Según datos de la organización no gubernamental Global Financial Integrity, México es el tercer mayor exportador de activos ilegales del planeta y buena parte de la cantidad que se genera en esos delitos es sometido al lavado de dinero. Ello, derivado del uso indebido de sociedades pantalla (*offshore*) ficticias para la comisión de los delitos determinantes o aquellas empresas que facturan operaciones simuladas conocidas como EFOS, la delincuencia organizada y el fenómeno de la corrupción.

Las propias autoridades mexicanas, tomando como punto de partida las recomendaciones del GAFI, señalan que los delitos de corrupción, defraudación fiscal y lavado de activos son conductas que tienen el mismo código genético. La relación en cuanto a delitos se refiere parece estar forzosamente unida, es más, no se concibe uno sin el otro y esta idea reside en la apreciación de que las ganancias de las actuaciones de carácter delictivo como lo es la delincuencia organizada normalmente no tributan, por lo que al generar este binomio los beneficios obtenidos principalmente por los recursos económicos no entregados al fisco se traducen en un incremento en el poder adquisitivo de las actividades ilegales, generando mayor peligrosidad del crimen organizado.

Lo manifestado en el párrafo anterior es el fiel reflejo de la política criminal que ha adoptado el gobierno mexicano en torno al lavado de dinero, lo que constituye una evidente manifestación expansiva del derecho penal, que rompe los postulados de un derecho penal garantista, de carácter subsidiario y de mínima intervención. Esto convierte al derecho penal

## El lavado de dinero y la recuperación de activos en México

en un mero instrumento político de represión, lo que confunde el correspondiente objeto del delito con el objeto de tutela de la norma penal. Ninguna reforma penal puede ser aceptada si no se encuentra perfectamente encaminada a la verdadera protección de un bien jurídico, por lo que dicho bien jurídico tiene que pasar por el correspondiente valor de la acción.

Hay que tomar en consideración que todo delito, incluyendo el que nos ocupa en el presente artículo, tiene un componente social e intersubjetivo que conlleva a un aspecto de lesividad social, es decir, que el conflicto delictual no solo concierne a la víctima y al autor, sino a la sociedad en su conjunto.<sup>19</sup>

Al ser el delito de lavado de dinero un delito pluriofensivo, ya que en el desarrollo de las acciones que dan lugar al ilícito se vulneran diversos bienes jurídicos, desde mi punto de vista en concreto lo que se vulnera es la correcta administración de justicia, dada la naturaleza encubridora y el correspondiente orden socioeconómico que en sentido estricto se refiere a la rectoría económica del Estado y en sentido amplio correspondiente a la necesaria licitud de los bienes que circulan en el mercado, la estabilidad y solidez del sistema financiero y la libre competencia.

La función de política criminal trasciende a la sistematización del tipo, toda vez que el bien jurídico sirve de criterio para agrupar los diferentes tipos penales en la parte especial, así mismo, es la base para la jerarquización de los delitos, atendiendo a la importancia del interés que pretenden tutelar. Sin lugar a dudas la articulación de la parte especial es en exclusiva, fruto de la sistemática adoptada, en torno al bien jurídico siguiendo una política criminal concreta.<sup>20</sup>

El bien jurídico penal, es pues, un límite al *ius puniendi* del Estado, es decir, sirve como una propuesta programática de carácter político criminal cuya obser-

vancia exige al legislador, que limite su actividad a la creación de normas penales que protejan exclusivamente bienes jurídicos. Lo cual se traduce en un elemento de garantía ya que en sí constituye un límite a la dimensión material de la norma penal, que se traduce de *lege lata* en la revisión constante del ordenamiento jurídico y de *lege ferenda* en una barrera en cuanto al contenido del *ius puniendi* estatal.<sup>21</sup>

Es de suma importancia el papel que juega la política criminal ante la expansión del derecho penal, realidad que afecta *grosso modo* la legitimidad propia del derecho penal. Es por ello que considero que se debe de realizar un replanteamiento del principio de lesividad penal, es decir, en otras palabras, ¿cuándo es necesaria la intervención del Derecho Penal? Respuesta que, desde mi óptica, debe ser contestada a la luz del concepto de bien jurídico, dada la función limitadora del mismo hacia el sistema. Sin embargo, podemos decir que no todo bien jurídico debe ser protegido por el derecho penal, sino solo aquellos que tienen la categoría de penales, para lo cual es de suma importancia el análisis de un concepto dogmático de bien jurídico, cuyo centro de atención sea en el concepto de una política criminal. Es decir, se afirma que para que un bien jurídico penal tenga relevancia político-criminalmente hablando, debe de satisfacer dos condiciones: por un lado, la suficiente importancia social y, por el otro, su necesidad de protección por el derecho penal.<sup>22</sup>

Es justamente la determinación objetiva del bien jurídico el factor determinante que ha llevado a México a perder la batalla en contra del crimen organizado. Como he manifestado anteriormente, el delito de lavado de dinero surgió a la vida jurídica para poder afrontar al crimen organizado en la modalidad de tráfico de drogas. Sin embargo, esa indeterminación respecto al bien jurídico que pretende proteger la norma de lavado de dinero, su carácter de pluriofensividad ante la falta de claridad de las leyes y contrarias a los postulados dogmáticos de un derecho penal garantista, es lo que ha conllevado al legislador mexicano a una maxi expansión del lavado de dinero al criminalizar conductas y equipararlas a los delitos fiscales,

<sup>19</sup> Alcacer Guirao, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito...*, op. cit., p. 123. El autor, con esta argumentación explica la utilidad del funcionalismo respecto de la vigencia de la norma, pues considera que corrige los puntos de vista de la prevención general positiva, y argumenta que: “[...] esa lesividad específicamente social se debe a que con la vulneración de la norma por parte del autor se pone en duda la vigencia fáctica y validez normativa del ordenamiento, generando la desconfianza en la autoridad valorativa y poder coactivo del Derecho y, con ello, disminuyendo la confianza en el respeto de las normas por parte de terceros”, en Fernández de Cevallos y Torres, José, op. cit., p. 192.

<sup>20</sup> Según Rodríguez Devesa. *Ídem.*, Pérez Álvarez, Fernando, en Fernández de Cevallos y Torres, José, op. cit., p. 55.

<sup>21</sup> Según Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, citado en *ídem*.

<sup>22</sup> Mir Puig, Santiago: *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*, en EPC, Universidad de Santiago de Compostela, no XIV, año 1991, p. 205.

olvidando su propia autonomía, su lesividad propia. Por ello, considero apropiado que se realice una desvinculación del blanqueo de dinero a un delito previo o determinante y por consiguiente la no exigencia de acreditación del delito previo productor de los bienes que se pretenden blanquear y no como lo pretende hacer la normativa mexicana.

## 5. Recuperación de activos en México

Uno de los objetivos principales de las autoridades mexicanas es la recuperación de los activos de origen ilícito, tal y como se puede notar en la Convención de la Naciones Unidas Contra la Corrupción,<sup>23</sup> en su Capítulo V, que contiene los artículos relativos a la recuperación de activos. Ahí se establece que los Estados parte están obligados a prestar la más amplia cooperación y asistencia y a establecer las medidas necesarias para poder exigir a las instituciones financieras que operen en su territorio que verifiquen la identidad de sus clientes y adopten medidas para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas con cifras elevadas.

Además, el Estado mexicano ha recuperado activos a través de la extinción de dominio, entendida como la pérdida de los derechos sobre los bienes, ya sean muebles o inmuebles, y todo aquel derecho real o personal, sus objetos, frutos y productos, susceptibles de apropiación, sin contraprestación ni compensación alguna para su dueño, quien se ostente o comporte como tal.

Dichos bienes se deben vincular con la realización de actividades ilícitas,<sup>24</sup> pues de esta manera se atacan las finanzas de los sujetos implicados en el lavado de dinero.

Aunque hay algunos autores que consideran que la ampliación del marco normativo en torno al lavado de dinero y financiamiento al terrorismo crea cierta debilidad en los contribuyentes,<sup>25</sup> pues se encuentran sujetos a un vigilancia estricta, en muchas ocasiones no se requiere de autorización judicial para que el Servicio de Administración Tributaria y la Unidad de Inteligencia Financiera tengan acceso a los reportes gene-

rados por los sujetos obligados, pues con pretexto en el combate al lavado de dinero obtiene información que también le es útil para su función recaudadora.

En la exposición de motivos de la Iniciativa de Ley Nacional de Extinción de Dominio,<sup>26</sup> se menciona que durante el sexenio del expresidente Enrique Peña Nieto se recuperaron únicamente 40 millones pesos, correspondiendo 20 millones a la figura de extinción de dominio y el restante al abandono. Teniendo en cuenta el monto aproximado de un billón de pesos lavados en el periodo de 2012 a 2018, mencionado en la Evaluación Nacional de Riesgos 2020,<sup>27</sup> es evidente que en materia de recuperación de activos México ha tenido un desempeño nulo.

Por lo que en un corto plazo se esperan nuevas reformas relativas a la prevención y combate del lavado de dinero y financiamiento al terrorismo en el marco jurídico mexicano, mismo que ya ha sido reconocido como suficiente. Sin embargo, del análisis de los datos objetivos mostrados por las mismas autoridades mexicanas se puede concluir que México tiene como principal pendiente fortalecer las acciones que lleva a cabo en torno a la prevención proactiva del lavado de dinero y a la recuperación de activos. Ello permitirá aproximar a México a mejores calificaciones en las evaluaciones publicadas por el GAFI.<sup>28</sup>

A manera de conclusión, podemos arribar a la exclusión del delito tributario como delito previo al no reunir las características político-criminales para pertenecer a la categoría de delitos previos, salvo en los casos en que los beneficios procedan del crimen organizado. Así, debe de ser un factor determinante y tomando como parámetro el principio de correspondencia con la realidad el bien jurídico protegido por la norma y la autonomía que los delitos previos al lavado de dinero se circunscriban a los delitos de comercio ilícito cometidos en el seno de una organización criminal.

Sin duda México tiene un gran camino por recorrer con relación al lavado de dinero y su persecución, objetivo al que solo se puede arribar respetando los derechos humanos, los principios limitadores del

<sup>23</sup> [https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion\\_de\\_las\\_NU\\_contra\\_la\\_Corrupcion.pdf](https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf)

<sup>24</sup> Artículo 8° de la Ley Federal de Extinción de Dominio.

<sup>25</sup> Ixtlapale, Carlos, *op. cit.*, pp. 51-70.

<sup>26</sup> [http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2019/03/asun\\_3838022\\_20190328\\_1553181480.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2019/03/asun_3838022_20190328_1553181480.pdf)

<sup>27</sup> <https://www.pld.hacienda.gob.mx/work/models/PLD/documentos/enr2020.pdf> p.29.

<sup>28</sup> Grupo de Acción Financiera. 2012. Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación. 2012.

## El lavado de dinero y la recuperación de activos en México

*ius puniendi* y los postulados dogmáticos del derecho penal propios de un Estado social y democrático de derecho.

Hoy por hoy en México todo es lavado de dinero, siempre queda el lavado de dinero ante la inacreditación de algún delito de naturaleza fiscal. Debemos entender que no se pueden gravar a las actividades ilícitas, sino al producto de estas y no es posible perseguir simultáneamente los delitos de lavado de dinero y la defraudación fiscal.

## 6. Bibliografía

- ABEL SOUTO, Miguel (2013-2014): El Blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social, *Revista Penal México*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm 5.
- ABEL SOUTO, Miguel (2014): Conferencia pronunciada en Pekín, el 27 de octubre en *The sixth session of the international forum on crime and criminal law in the global era: safety of food and drugs*.
- ALCACER GUIRAO, Rafael (2003): *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito...*, Atelier, Barcelona.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (2005): “Prólogo”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio / Sanz Mulas, Nieves (coords.): *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada.
- BERRUEZO, Rafael (2020): “El delito de lavado de dinero y el derecho penal del enemigo”, *Revista de Derecho Penal Económico*, Tomo 2020-1, Derecho Bancario, Cambiario y Financiero, Relación con el Derecho Penal.
- BLUM, Jack A. (1999): *Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero*, Serie Técnica del PNFID.
- CORTÉS GARCÍA, Javier (2021): *Aspectos jurídico criminológicos del tipo básico del delito de blanqueo de capitales*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, España, 2021.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (2009): “Fraude fiscal y lavado de capitales”, *Política Criminal*, Vol. 4, no. 7, Santiago, jul. 2009.
- FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José (2013): “*Blanqueo de Capitales y Principio de Lesividad*”, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca.
- FERNÁNDEZ ZACUR, José Miguel (2018): “Autoría y participación en la asociación criminal y sus delitos-fines. Visión desde el derecho penal paraguayo”. Ponencia dictada en el *VI Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, publicada por Tirant Lo Blanch, Coordinadores Miguel Abel Souto y Nielson Sanchez Stewart.
- GARCÍA GIBSON, Ramón (2009): *Prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo*, 1ª edición, México, INACIPE.
- HASSEMER, Winfried (1998): “Perspectivas del derecho penal del futuro”, *Revista Penal*, N° 1, Universidad de Huelva, Universidad de Salamanca, Universidad de Castilla-La Mancha, Editorial Praxis, S.A.
- IXTLAPALE, Carlos (2005): “La debilidad de los contribuyentes ante la lucha contra el lavado de dinero”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias, Sociales Benemérita Universidad Autónoma de Puebla*.
- LEVI, Michael (2011-2012): “Crimes of Globalization: Some Measurement Issues”, en M, Joutsen (ed.), *New types of crime. Proceedings of the International Seminar Held in Connection with Heuni's Thirtieth Anniversary*, Helsinki.
- MIR PUIG, Santiago (1991): “*Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*”, en EPC, Universidad de Santiago de Compostela, no XIV.
- MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes (1993): “*Derecho penal. Parte general*”, Tirant lo Blanch, Valencia, España.
- ORTIZ DORANTES, Norma Angélica (2010): *El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona.
- PÉREZ MACÍAS, Carlos Alberto (2019): “*El delito fiscal como actividad delictiva previa al lavado de dinero*”, Cámara de Diputados.
- SERAFINI, Justin (2004): “Money Laundering”, *American Criminal Law Review. Nineteenth Survey of White Collar Crime*, vol. 41- num. 2.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2020): “*La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, B de F, Buenos Aires – Montevideo.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (1999): “El derecho de la globalización: luces y sombras” en *Transfor-*

*maciones del derecho en la mundialización*, nº 16,  
Capella Hernández (Dir.), Madrid.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura (2002): “*Criminalidad organizada y delincuencia económica*”, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá.



## Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

### Los abusos del legislador penal de la Ciudad de México

**Alicia Azzolini**

*Profesora investigadora del Departamento de Derecho de la UAM Azcapotzalco.  
Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.*

**RESUMEN:** El sistema penal de un Estado democrático de derecho responde a varios principios producto del desarrollo y reconocimiento de los derechos humanos. En las últimas décadas se han revitalizado posturas que desprecian los límites y principios penales y pugnan por un sistema penal que atienda al reclamo popular. Ellas reclaman más derecho penal y menos garantías. El sistema penal mexicano se debate entre las corrientes garantistas y populistas. En la Ciudad de México se han impuesto en los últimos cuatro años corrientes punitivistas, que se reflejan en aumento de punibilidades, nuevas instituciones y reformas incongruentes con el sistema.

**PALABRAS CLAVE:** Populismo penal, Garantismo, Principio de proporcionalidad, Racionalidad legislativa, Principio de ultima ratio.

**ABSTRACT:** The penal system of a democratic State governed by the rule of law responds to several principles resulting from the development and recognition of human rights. In recent decades, positions that despise penal limits and principles and fight for a penal system that meets popular demands have been revitalized. They are calling for more criminal law and fewer guarantees. The Mexican penal system is torn between guaranteeist and populist currents. In Mexico City, punitive tendencies have prevailed in the last four years, which are reflected in an increase in punishments, new institutions, and reforms inconsistent with the system.

**KEYWORDS:** Penal populism, Guarantee, Principle of proportionality. Principle of ultima ratio Legislative rationality.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Sistema Penal y Estado de derecho. 3. Sistema penal democrático y populismo penal. 4. El sistema penal mexicano entre el garantismo y el populismo. 5. Los avances del populismo en la legislación penal de la Ciudad de México. 6. Reflexiones finales. 7. Fuentes de consulta.

## 1. Introducción

El derecho penal occidental, incluido el mexicano, por supuesto, ha sido objeto de constantes cambios en lo que va de las últimas tres décadas. Se ha hablado de su expansión<sup>1</sup> y de su politización al punto de distinguir entre un núcleo duro, propio del “bueno y viejo derecho penal”, y otro flexible, representado por el derecho penal de corte “administrativo”. Mientras el antiguo derecho penal protege los bienes jurídicos tradicionales —vida, libertad, propiedad— el nuevo derecho se ocupa de nuevos intereses producto del desarrollo de una sociedad compleja y tecnologizada.

En el ámbito anglosajón, desde 1995,<sup>2</sup> se ha impuesto el concepto de *populist punitiveness*, que ha sido recibido en Latinoamérica bajo la denominación de *populismo penal*. Esta corriente se inclina por destronar y desestructurar maneras de pensar establecidas, una especie de descomposición del *establishment*, que en el ámbito de la transformación de la legislación penal se traduce en atender los sentimientos y pensamientos de la “gente” dejando en un segundo plano la intervención de los expertos.<sup>3</sup>

La combinación de expansión y populismo penal ha significado la elaboración y modificación de normas penales que no siempre armonizan con el sistema penal y los principios constitucionalmente reconocidos. Si bien es cierto que los cambios normativos no implican *per se* una transformación de la realidad, es indudable que la condicionan. Como consecuencia de ellos se afecta la vida de los seres humanos de carne y hueso.

En este artículo se analizarán las características del modelo penal del Estado de derecho, la actuación del legislador penal como catalizador de los valores sociales imperantes y los abusos y sinrazones que en ocasiones resultan en la búsqueda de construir consenso y legitimidad en el terreno político.

## 2. Sistema penal y Estado de derecho

El derecho penal de los países occidentales encuentra sus bases en el pensamiento ilustrado, es producto de la modernidad. Los principios en los que se fundamenta y limita: legalidad, lesividad, culpabilidad datan de siglos atrás y son reconocidos hoy día. La teoría penal contemporánea es consecuente con esos antecedentes que inspiran una visión humanista y preponderantemente garantista del derecho penal y del sistema penal en general.<sup>4</sup>

El reconocimiento y la positivización de los derechos humanos —fundamentales— en las constituciones occidentales con posterioridad Segunda Guerra Mundial vinieron a fortalecer la visión garantista y minimalista del sistema penal por parte de la mayoría de los pensadores y académicos en la materia. La postura del *garantismo* es la más significativa:

... propone un modelo de derecho penal de “estricta legalidad” propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.<sup>5</sup>

Un modelo de derecho penal con estas características descansa en principios que limitan el *ius puniendi* como los de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio* que han sido propuestos y conceptualizados principalmente por la doctrina alemana. El principio de fragmentariedad expresa que solo son punibles algunos fragmentos, no todos, del grupo de conductas merecedoras de pena.<sup>6</sup> Prittwitz señala:

El aspecto cuantitativo (sólo una pequeña parte de las acciones merecedoras de pena son hechos punibles) puede ser entendido de forma crítica o laudatoria, descriptiva o normativo-programática. Lo mismo vale para

<sup>1</sup> Silva Sánchez, J. M. (2003), *La expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas, *passim*.

<sup>2</sup> Bottoms, A.E. (1995), “*The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*”, en C. Clarkson y R. Morgan (eds), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon.

<sup>3</sup> Vidaurri Aréchiga, M. (Director) (2020), *Indagaciones en torno al populismo penal*, México: Tirant lo Blanch.

<sup>4</sup> Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón; Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, pp. 33-35 y 851-852.

<sup>5</sup> *Idem*, pp 851-852.

<sup>6</sup> Prittwitz, C. (2000), “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?; Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal”, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Instituto De Ciencias Criminales De Frankfurt (Ed.) Área De Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), pp. 427-444.

el aspecto de aquellos fragmentos amenazados con pena como fruto de una cierta arbitrariedad.<sup>7</sup>

Esto hace que la fragmentariedad por sí misma no sea un buen criterio limitador del sistema penal. La subsidiariedad, en cambio es una norma de competencia (excluye las competencias negativas del Estado y fundamenta las positivas). Lo que se traduce, según este autor, en que también el Estado que castiga está obligado a socorrer. El Estado debe abstenerse de utilizar el derecho penal cuando el conflicto puede atenderse con otros medios; ello implica que debe instrumentar medidas que complementen la intervención penal. Jakobs interpreta la subsidiariedad como una variante del principio de proporcionalidad conforme a la cual “no es lícita una intervención punitiva, cuando el mismo efecto puede lograrse con medidas menos graves”.<sup>8</sup> Fragmentariedad y subsidiariedad si bien condicionan la actuación penal del Estado tampoco son suficientes para limitarla. Es menester recurrir al carácter de *ultima ratio* que remite de forma más clara que los anteriores principios al aspecto límite del *ius puniendi*. Según el principio de *ultima ratio* solo es legítimo el derecho penal que se ocupa de las infracciones más graves y como recurso extremo.<sup>9</sup> Este límite se justifica, dice la doctrina, no solo porque el derecho penal es la reacción más enérgica del Estado hacia las personas, la sanción penal es la más grave, sino también porque la aplicación misma del sistema penal es problemática para el individuo y para la sociedad. De ahí que un sistema penal acotado, que minimice la violencia y maximice la libertad es congruente con los valores y programas que la comunidad internacional ha consagrado en los principales instrumentos de derechos humanos y los contenidos de las constituciones actuales de los países occidentales.

A los principios mencionados cabe agregar los de lesividad, culpabilidad y humanidad que, si bien no impiden un derecho penal extenso, limitan la clase de conductas que pueden ser objetos de la prohibición penal y el tipo de respuesta estatal en un sistema democrático respetuoso de los derechos humanos.

El principio de lesividad implica el reconocimiento de que siempre que se imponga una pena debe ha-

ber un bien jurídico afectado, todos los tipos penales han de proteger determinados bienes jurídicos; para que haya delito, esos bienes deben ser lesionados o puestos en peligro. Solo deben incluirse en el ámbito penal las conductas socialmente dañinas. La *dañosidad* social<sup>10</sup> de una conducta se establece en relación con el valor del bien jurídico lesionado. Una conducta no se considera dañosa por ser en sí misma reprobable —inmoral o incorrecta—, sino por sus consecuencias sociales lesivas.<sup>11</sup> Este principio se ha matizado, en los últimos años, como se verá más adelante, con la protección de personas en situación de vulnerabilidad, quienes pasan a constituir así un bien protegible en sí mismas.

El principio de culpabilidad limita la aplicación del derecho penal al comportamiento culpable —pero no se opone por lo demás a un derecho penal sin límites—.<sup>12</sup> Pero el derecho penal contemporáneo es impensable sin su vigencia. El principio *no hay pena sin culpabilidad* —*nullum crimen sine culpa*— es una conquista del derecho penal moderno, que fue ignorado por la mayoría de los ordenamientos de la antigüedad. Fue aceptado definitivamente en el marco del pensamiento liberal del siglo XIX. Su incorporación a los sistemas jurídico-penales significó la *subjetivización de la responsabilidad penal centrada en la exclusión de la responsabilidad objetiva*.<sup>13</sup> El principio de culpabilidad se explica en el respeto a la dignidad humana. Imputar un daño o peligro para un bien, sin que exista un vínculo subjetivo reprochable al autor, equivale a degradar a este último a la categoría de una cosa causante.<sup>14</sup> El reconocimiento de la persona y su carácter de sujeto de derecho es constitutivo del sistema penal democrático.

<sup>10</sup> Cfr. Roxin, C., Arzt, G. y Tiedemann, K. (1989), *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, Barcelona: Ariel, pp. 21-22.

<sup>11</sup> Azzolini, A. (1997), *Culpabilidad y punición*, México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, p. 28. Citado en Azzolini Bincaz, A. (2012), *El sistema penal constitucional; El laberinto de la política criminal del Estado mexicano*, México: Ubi-jus, Félix Cárdenas S.C., (Colección Sistema Acusatorio, 7), p. 22.

<sup>12</sup> Prittwitz, C. (2000), cit., p. 441.

<sup>13</sup> Pérez Manzano, M. (1986), *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, p. 56.

<sup>14</sup> Cfr. Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slocar, A., (2001) *Derecho penal; Parte general*, México: Porrúa, p. 132. Sobre el principio de culpabilidad *in extenso* ver Mir Puig, S. (2007), *Derecho penal; Parte general*, 7ª edición, Buenos Aires; Editorial B de F, pp. 134 y ss.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 433.

<sup>8</sup> Jakobs, G. (1997), *Derecho penal, Parte general; Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, p.61.

<sup>9</sup> Prittwitz, C. (2000), cit., p. 432.

## Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

En virtud del principio de humanidad se prohíbe toda pena cruel que afecte la integridad y la dignidad del ser humano. Este principio fue el punto central del programa de la Ilustración, expuesto magistralmente por Beccaria, quien condenó lapidariamente la tortura y todo trato cruel e inhumano. Hoy día es el complemento indispensable para evitar respuestas penales desproporcionadas, inusitadas e infamantes.

La comunidad internacional ha reconocido en mayor o menor medida estos principios y las constituciones de los países occidentales los han incorporado. El modelo de Constitución normativo que predomina en la mayoría de los países de derecho continental incide directamente en el lugar que tradicionalmente ocupaba el legislador y la misma ley. Unos y otra están sometidos a una relación de adecuación y por tanto de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.<sup>15</sup> En este contexto la validez de una norma no descansa solamente en el proceso formal de su creación, sino en el aspecto material de sus contenidos. Las leyes deben crearse conforme al procedimiento establecido en la Constitución y su contenido debe adecuarse e los principios y reglas contenidos en la carta magna. Esta transformación de las constituciones ha dado lugar al paso del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho.<sup>16</sup>

En este contexto los principios mencionados, especialmente los de subsidiariedad y *ultima ratio*, se dirigen clarísimamente al legislador penal y a los demás operadores del sistema penal. En tanto principios han de actuar como directriz legislativa y de aplicación de las reglas. Estos principios son normas que obligan al legislador a priorizar los derechos fundamentales, a maximizar el goce de los mismos por los ciudadanos. Deben por ello servirle como medida de ponderación para el ejercicio racional de la creación legislativa en materia penal.

El sistema penal de un Estado constitucional de derecho debe estar diseñado para poder cumplir con esos mandatos de optimización en el mayor grado posible. Debe buscar la minimización a través del equilibrio entre el reconocimiento y la salvaguarda de los derechos de los imputados, de las víctimas de los diversos grupos sociales que reclaman reconocimiento y protección.

Alcanzar o aproximarse a un objetivo tal como el señalado, un sistema penal que responda a estos lineamientos y satisfaga el reclamo de, al menos, la mayoría del cuerpo social es sumamente difícil en el ámbito normativo y más aún en el plano fáctico de su instrumentación. Es así que después de la Segunda Guerra Mundial, que como se señaló ha significado un parteaguas en la materia, se fue gestando a nivel internacional un movimiento en favor del reconocimiento y respecto de los derechos humanos, dando lugar a un gran número de instrumentos internacionales que reconocen los derechos de los sectores más vulnerables de la población mundial. La preocupación por los derechos humanos generó a su vez la aparición de diversas organizaciones y movimientos sociales en favor de su positivización y de la vigencia efectiva de esos derechos. Así se fue consolidando la cultura del “derecho a tener derechos” que se recoge en las constituciones de nuestro tiempo.<sup>17</sup> Esta nueva perspectiva se orienta a la búsqueda de la vigencia efectiva de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales, la mayoría de ellos incorporados en las constituciones nacionales. Los textos constitucionales en la actualidad persiguen un carácter normativo, con fuerza vinculante de manera directa y no solamente como un instrumento programático que solo sirva de vía para la actuación del legislador.<sup>18</sup> En esta nueva lógica se han ido incluyendo en las constituciones los derechos humanos de distintas clases y generaciones.

La incorporación de principios en los textos constitucionales al tiempo que limita la actuación del legislador, que se ve constreñido en la formulación de las normas secundarias, genera la necesidad de ponderarlos. Se señala que el derecho penal de los principios no admite la lógica del “todo o nada”, un principio puede realizarse en mayor o menor medida sin que por ello pueda considerarse violado. Esto da a los operadores del sistema un margen de actuación que, sin embargo, no es ilimitado. La búsqueda del equilibrio entre derechos de imputados, víctimas y reclamos sociales de justicia constituye, como se mencionó, el gran desafío del sistema penal.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Aguiló, J. (2004), *La Constitución del Estado constitucional*, Colombia: Palestra Editores, pp. 9 y 10.

<sup>16</sup> Ferrajoli, L. (2004), *Epistemología jurídica y garantismo*, México: Fontamara, p. 265 y ss.

<sup>17</sup> Colomar Viadel, Antonio, “Tendencias del constitucionalismo en el siglo XXI: cuestionamientos e innovaciones constitucionales”, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/16086/13910> (17/03/2021)

<sup>18</sup> Aguiló, J. (2004), *op. cit.*, pp. 9 y 10.

<sup>19</sup> Donini, M. (2010), *El derecho penal frente a los desafíos de*

### 3. Sistema penal democrático y populismo penal

El movimiento en favor de los derechos humanos que adquirió un fuerte impulso en la segunda mitad del siglo xx posicionó nuevos actores sociales que reclamaron el reconocimiento de su condición de vulnerabilidad. Los jóvenes, grupos raciales y religiosos, las mujeres, las personas con preferencias sexuales no convencionales, las y los niños. El ámbito penal no quedó ajeno a la irrupción de estos nuevos actores y problemáticas. En especial la *víctima* paso a ocupar un papel principal en conflicto, papel del que había sido desplazada en los inicios de la modernidad.<sup>20</sup>

Los reclamos de reconocimiento y protección hacia los grupos vulnerables se traducen en ocasiones en exigencias de priorizar sus derechos frente a los potenciales agresores. Agresores que con frecuencia son identificados *a priori* por responder a determinados estándares de riesgo. Esto dio lugar en las últimas dos décadas del siglo xx a un derecho orientado a combatir la inseguridad y proveer seguridad, un derecho que Maria Laura Böhm denomina *anti securitas*.<sup>21</sup>

En contrapartida con la positivización internacional de los derechos humanos y ante diversos eventos de violencia política y social, de la expansión de la criminalidad transnacional y del terrorismo, amplios sectores de la población reclaman seguridad a la vez que grupos en situación de vulnerabilidad —mujeres, víctimas de delito, personas con preferencias sexuales diversas— exigen ser atendidos en su singularidad. Incluso aquellos movimientos políticamente alternativos o antiestatales, que en sus inicios mostraban poca confianza en el Estado y en la Ley, fueron mi-

la modernidad; *Estudios de derecho penal*, Lima: Ara Editores, p. 113. El autor habla de una lógica *fuzzy* en el pensamiento jurídico contemporáneo según la cual los conceptos no tienen límites nítidos e incommunicables, sino que existen figuras intermedias como, por ejemplo, la *recklessness* angloamericana.

<sup>20</sup> La “confiscación del conflicto” (del derecho lesionado de la víctima) por parte del poder estatal se generalizó en Europa a partir del siglo xvi, al unísono con el nacimiento del Estado moderno. La víctima es vista como objeto de protección, pero el conflicto se entabla entre el acusado y el soberano. Cfr. Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slocar, A. (2001), *Derecho penal; Parte general*, México: Porrúa, p. 220 y ss.

<sup>21</sup> Böhm, M. L., (2012), “El ente *insecuritas* y la inseguridad del derecho penal. Reflexiones a partir del caso alemán”. Texto originalmente publicado en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Año II, Nº 3, abril 2012, pp. 156- 80. Disponible y consultado en <https://rii.austral.edu.ar/handle/123456789/1688>. Fecha de consulta (9/09/2022). La autora alude al enfoque anglosajón que señala al delincuente como un otro, extraño y peligroso y lo equipara al enfoque alemán del derecho penal del enemigo.

grando hasta convertirse en promotores del derecho penal e impulsores activos de leyes.<sup>22</sup> Esto fue y sigue siendo capitalizado por grupos de distinto signo político en busca de apoyo popular y de legitimación de sus actuaciones.

Es en 1995 cuando Bottoms identifica en un famoso escrito el *Populist Punitiveness*, publicación que, según Maximo Sozzo, inicia el debate sobre la lógica punitivista en el derecho penal contemporáneo.<sup>23</sup> El populismo punitivo, como se ha acogido el término en español, reivindica lo que la gente quiere, piensa y siente sobre el delito. Las iniciativas legislativas se legitiman por el respaldo popular. Expresa un rechazo al *establishment*, al sistema penal institucionalizado.

Este discurso político represivo cuestiona los sistemas penales garantistas argumentando que son diseñados pensando en el delincuente, y no en el ciudadano honesto y trabajador —posible víctima—, y pone su mira en ciertos grupos sociales con perfiles peligrosistas.<sup>24</sup>

Un rasgo que identifica al denominado populismo punitivo es la oposición entre la gente y el experto. Esta persona es desplazada parcialmente en su capacidad de influir a las autoridades estatales en la medida en que su opinión contrasta con la voz popular. El agente estatal, el legislador entre ellos, tiende a beneficiar al gran público. Maximo Sozzo señala que incluso “algunos políticos profesionales han politizado la cuestión del delito y encuentran en ella un escenario en el cual competir política y electoralmente y obtener ventajas, apostando a la promoción de medidas e iniciativas de tendencia política”.<sup>25</sup> Esta corriente impacta sin duda alguna en América Latina, donde se destaca la tendencia al aumento de las punibilidades. Algunos políticos latinoamericanos han buscado con-

<sup>22</sup> Albrecht, P. A. (2000), “El derecho penal en la intervención de la política populista”, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Instituto De Ciencias Criminales De Frankfurt (Ed.) Área De Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), p. 479. pp 471 - 486

<sup>23</sup> Gómez, A. y Proaño, F. (2012), “Entrevista a Máximo Sozzo: ‘¿Qué es el populismo penal?’”, *Urvió, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, No. 11, Quito, marzo 2012: 117-122

<sup>24</sup> Traversa, R. (2014). Neopunitivismo y control social. Reflexiones sobre la represión selectiva de la política populista. *Panorama*, 8(15), p. 136, 133-143.

<sup>25</sup> Gómez, A. y Proaño, F. (2012), “Entrevista a Máximo Sozzo”, *op. cit.* p. 119. El artículo en cuestión es Bottoms, A. (1995) “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en C. Clarkson and R. Morgan (eds), *The Politics of Sentencing Reform*, pp. 17-49, Oxford: Clarendon Press.

## Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

sensu y legitimidad proponiendo un derecho penal más represivo e inflexible.<sup>26</sup> El actual presidente de El Salvador es un claro ejemplo de ello, por mencionar solo alguno.

Al tiempo que un sector importante de la población atemorizado por el incremento de la violencia generalizada y desalentado por la ineficacia de las autoridades para controlarla reclama más pena, más cárcel, más represión para esos “otros” que representen un peligro para la sociedad, la gran mayoría de los dogmáticos penales latinoamericanos han criticado el populismo penal e impulsan un sistema penal garantista que limite el *ius puniendi* estatal. Destaca la postura de Daniel Pastor, quien prefiere hablar de neopunitivismo, entendido ello como corriente político-criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social. Señala que se ha recurrido al derecho penal como práctica para intentar solucionar los más variados conflictos en la vida social. Pastor reprocha, incluso, a organismos y activistas de derechos humanos, así como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos haber privilegiado la respuesta penal ante las violaciones de derechos humanos, incurriendo en la misma práctica que esos actores critican al Estado.<sup>27</sup>

Hay entre los dogmáticos quienes sostienen posturas disidentes a las propuestas limitadoras del accionar penal, como las de Ferrajoli o Zaffaroni. Gargarella es uno de ellos. Critica a estos autores por oponerse a la democratización del derecho penal. Gargarella dice que las corrientes garantistas sospechan de la democratización del sistema porque la relacionan con el populismo punitivo, con el derecho penal *anti securitas*, en el que prevalece la reacción represiva atendiendo a los clamores de seguridad y justicia de la sociedad, especialmente de las víctimas; y esto es un error. Gargarella propone que las normas sean construidas por todos, reconocidas por todos como propias. Esto no es lo que ocurre en nuestros países, sostiene este autor, en los que las personas a las que se les aplican las leyes penales tienden a no reconocerse a sí mismas en dichas normas; los grupos desventajados de la sociedad no entienden lo que dice el derecho.<sup>28</sup> La idea de

democratizar la toma de decisiones penales sin caer por ello en posturas radicalizadas del populismo y del neopunitivismo es compartida por Díez Repollés, quien propone un modelo racional para la creación de las normas penales.

En la propuesta de racionalizar la actividad legislativa Díez Repollés señala cinco niveles de la racionalidad: la racionalidad ética que garantiza que la decisión legislativa sea coherente con los valores sociales vigentes; la racionalidad teleológica que exige que su contenido se establezca tras un debate público abierto en el que se pueden exponer y argumentar cualesquiera ideas, opiniones o intereses de acuerdo con las pautas deliberativas propias de una sociedad democrática; la racionalidad pragmática que atiende las capacidades reales de la pretendida intervención penal, a su probable eficacia; la racionalidad sistemática se enfoca en que los fines y el contenido de la nueva ley penal se inserten de modo coherente en el ordenamiento jurídico vigente, sin generar contradicciones, y la racionalidad lingüística que debe hacer constar que el mensaje contenido en la norma sea claro y accesible para todos los destinatarios.<sup>29</sup> Díez Repollés distingue tres etapas por las que atraviesa el proceso: la prelegislativa, que inicia ante una problemática social que es tratada penalmente; la fase parlamentaria que abarca la iniciativa, la discusión y, en su caso, la aprobación de la nueva norma y la fase post legislativa o de evaluación que comienza con la entrada en vigor de la ley y puede dar lugar a que actores sociales o políticos consideren que la ley ya no cumple con los requerimientos de la sociedad y se inicie un nuevo proceso legislativo.<sup>30</sup> La etapa prelegislativa es de suma importancia en el esquema propuesto por este autor. En ella, una vez que se ha identificado el problema han de tenerse en cuenta los grupos de presión que intentan incidir en el contenido de la nueva norma. Díez Repollés reconoce la sobrerrepresentación en el momento actual de grupos de presión legos, especialmente de víctimas y mediáticos. Admite el poder de las burocracias gubernamentales, más que las partidarias, a la hora de la elaboración del proyecto

*dación democrática del derecho* penal, Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp 17 y 25.

<sup>29</sup> Díez Repollés. J.L. (2019), “La racionalidad legislativa penal decisiones en un procedimiento socio-legislativo complejo”, Daniel Oliver-Lalana, A. (ed.), *La legislación en serio; Estudios sobre derecho y jurisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 131 a 137, pp. 119-170

<sup>30</sup> *Idem*, p. 121.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Pastor, D. (2005), “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Nueva Doctrina Penal*, 1, 73-114, pp. 76 y ss.

<sup>28</sup> Gargarella, R. (2016), *Castigar al prójimo; Por una refun-*

que se presentará a la discusión parlamentaria.<sup>31</sup> Es en este momento y con estas interacciones donde debiera neutralizarse las corrientes punitivistas, atendiendo a las racionalidades propuestas. De esta manera podría lograrse una mayor democratización del sistema respetando los principios constitutivos del mismo.

#### 4. El sistema penal mexicano entre el garantismo y el populismo

El sistema penal mexicano no ha permanecido aislado a los avatares mencionados. El enfrentamiento entre las corrientes garantistas y las que buscan una mayor eficacia del sistema penal a través del endurecimiento de las penas y la limitación de garantías procesales ha estado presente en todo momento en México y se ha reflejado en la actuación del Poder Legislativo. A toda reforma legislativa orientada a adecuar el derecho penal en el ámbito sustantivo y procesal en el marco de los derechos humanos y de los estándares internacionales propios de un sistema garantista le ha acompañado alguna contrarreforma, que ha significado un retroceso en ese campo, en algunos casos las nuevas normas han incluido contenidos contradictorios. En las últimas dos décadas del siglo pasado se modificó la legislación penal secundaria para eliminar los resabios del derecho penal peligrorista, de corte autoritario y, en contrapartida, se dictó una ley que crea un sistema penal de excepción para la delincuencia organizada.

La incorporación de nuevos actores en el escenario penal modificó necesariamente los principios, derechos, prácticas e instituciones que componen el sistema penal. La proporcionalidad, la *ultima ratio* han de ponderarse con los de máxima protección de la víctima, acceso a la justicia. Los derechos de las víctimas de delito fueron positivizados en instrumentos internacionales, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) los incorporó en la última década del siglo XX en el mismo artículo, el 20, en el que se reconocían los derechos de los acusados de cometer un delito.

La reforma que mejor ejemplifica las contradicciones del legislador penal es la de junio de 2008 que sentó las bases del proceso penal acusatorio al mismo tiempo que mantuvo una situación de excepción para la delincuencia organizada, incorporó la extinción

de dominio y, en contra de los postulados del nuevo modelo procesal, reguló en el texto constitucional la prisión preventiva oficiosa. Por ello fue calificada por García Ramírez como una reforma ambigua, según palabras de este autor: “el conjunto de las novedades plausibles se empaña con otro conjunto: las novedades cuestionadas y deplorables, que también pueblan la ley suprema y fijan la ruta de la navegación penal”.<sup>32</sup>

El parteaguas para el ingreso del derecho internacional de los derechos humanos al sistema jurídico mexicano fue la aceptación en 1998 de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>33</sup> Diversas sentencias de la Corte Interamericana de Justicia en las que se condena al Estado mexicano por violación de derechos humanos en temas relacionados directamente con el sistema penal han obligado a las distintas instancias estatales (ejecutivo, judicial y legislativo) a adecuar, en primer lugar, las normas vigentes a lo establecido en marco internacional de referencia. Este proceso ha alcanzado su máximo desarrollo con la reforma al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el que se establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. La incorporación expresa en el texto constitucional de los derechos humanos y del principio de interpretación *pro persona* determinó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación iniciara una Nueva Época, la Décima, en la que ha emitido múltiples resoluciones en materia de aplicación e interpretación de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.<sup>34</sup> Significó también el reconocimiento de un Estado de derecho constitucional, en el que la validez de las leyes no depende solamente de su forma de creación sino de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales.<sup>35</sup> Esta

<sup>32</sup> García Ramírez, S. (2013) “La reforma procesal penal en la constitución mexicana: ‘transacción y transición’”, pp. 518 y 519. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/23.pdf>. Fecha de consulta 11/09/2022). En el mismo sentido ver Azzolini Bincez, A. (2012), *op. cit., passim*.

<sup>33</sup> Aceptación de México: 16 de diciembre de 1998; Decreto Promulgatorio DOF 24 de febrero de 1999; Fe de erratas DOF 25 de febrero de 1999.

<sup>34</sup> La resolución Varios 912/2010 en la que se analiza el alcance del caso Radilla ha dado pie al control difuso de constitucionalidad.

<sup>35</sup> Ferrajoli, L., (2001), “Pasado y futuro del Estado de derecho”, *rijp*, 17, p. 34. Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/>

<sup>31</sup> *Idem*, p. 125.

## Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

reforma ha sido, en palabras de Luis González Placencia, la reforma constitucional de mayor trascendencia desde 1917.<sup>36</sup> Esta reforma trasciende a todos los ámbitos del sistema jurídico mexicano, y tiene implicaciones muy relevantes en el sistema penal.<sup>37</sup> Las políticas públicas y, en consecuencia, la política criminal han de estar orientadas al respeto y protección de los derechos humanos de todas las personas. El propio texto constitucional alude a que las normas de derechos humanos han de interpretarse en su acepción más amplia, favoreciendo a todas las personas; esto constituye el principio *pro persona*.

En este contexto, en un modelo de justicia penal de derechos, ha de existir un equilibrio entre los derechos del imputado y la víctima en el marco del debido proceso; el delito ha de entenderse como una conducta realizada en un determinado entorno y circunstancias y no producto de la peligrosidad de una persona, debe respetarse la dignidad del delincuente; el legislador no debe actuar guiado por su ideología, creencias morales o religiosas o el interés político

electoral, por mencionar algunas de las implicaciones que González Placencia analiza en detalle y profundidad.<sup>38</sup> Es decir que el Estado mexicano se proclama como un Estado constitucional de derecho en el que las normas han apegarse formal y materialmente al marco constitucional. Los principios tradicionales ya analizados del sistema penal se complementan con la aplicación *pro persona* que implica el reconocimiento y respeto de la dignidad humana como eje del sistema. Subsidiariedad como expresión de proporcionalidad, *ultima ratio*, minimización de la violencia y maximización de la libertad han de permear el diseño y desempeño del sistema penal.

Aunque la llamada *Ley de Hume* ha sido puesta en duda sobre su contenido y alcances, es posible afirmar que de los cambios normativos no se siguen necesariamente transformaciones en el mundo fáctico.<sup>39</sup> La realidad es compleja, así como las interpretaciones sobre la misma. Como se ha visto, el movimiento en favor de los derechos humanos, su reconocimiento y aplicación se entrecruza con aquellos que, reclamando en parte justicia y protección para las víctimas, buscan una mayor eficacia preventiva del sistema penal y en razón de ello justifican todos los medios de intervención estatal.<sup>40</sup>

La reforma de 2011 significó un avance muy importante en el reconocimiento de los derechos humanos, pero no ha sido suficiente para que el legislador revise los contenidos autoritarios y violatorios de derechos preexistentes a la misma. Al día de hoy se mantiene la prisión preventiva oficiosa, las penas desproporcionadas, la extinción de dominio. Ella tampoco ha impedido que legislador penal siga actuando en franca violación al marco constitucional. El ideal del proceso legislativo racional propuesto por Díez Reppóllés no es representativo de lo que pasa en el país. Los actores con intereses propios, los políticos que buscan legitimación se han impuesto muchas veces frente al necesario equilibrio de todo sistema penal democrático. Como ejemplo de ello se analizarán en

eserv/bibliuned:filopoli-2001-17-0011/pdf, consultada el 7 de junio de 2016. Texto mencionado en Azzolini Bincas, A. B. (2019), "Las violaciones de derechos humanos en el sistema penal mexicano", *Alegatos*, Número 100, septiembre-diciembre 2018, pp 539-562.

<sup>36</sup> González Placencia, L. (2015), "Implicaciones de la reforma constitucional de junio de 2011", en Tenorio Tagle, F. (Coord.), *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal; Ensayos en honor a Massimo Pavarini*, México: INACIPE, p. 145.

<sup>37</sup> "Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

<sup>38</sup> González Placencia, L. (2015), *op. cit.*, *passim*.

<sup>39</sup> Widow Lira, F. (2015), "La ley de Hume en Hume: la discusión de la interpretación analítica de Treatise III, 1, i", *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 32, Núm. 2 (2015), pp. 415-434.

<sup>40</sup> Albrecht, P.A. (2000), "El derecho penal en la intervención de la política populista", *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Instituto De Ciencias Criminales De Frankfurt (Ed.) Área De Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), 471-486, p. 474.

el apartado siguiente algunas disposiciones más o menos recientes incorporada en el Código Penal para el Distrito Federal. El caso de la Ciudad de México no es una excepción, es paradigmático ya que por varios años la capital del país significó una avanzada de propuestas de corte garantista.<sup>41</sup> El tema ha sido analizado por diferentes autores haciendo mención de lo que ocurre en otras partes del país.

## 5. Los avances del populismo en la legislación penal de la Ciudad de México

La legislación penal de la Ciudad de México es relativamente reciente. El Código Penal para el Distrito Federal entró en vigor en noviembre de 2002.<sup>42</sup> En la parte general sobre todo se percibe la intervención de académicos y expertos en el ámbito penal. La parte especial sigue el orden propio de legislaciones de corte liberal, inicia protegiendo los bienes jurídicos individuales y relega a segundo término aquellos de carácter estatal. El nuevo instrumento no refiere a la reincidencia, solamente se prohíben la aplicación de sustitutivos de la pena de prisión cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio y cuando no proceda en los términos de las leyes respectivas (artículo 86). Las punibilidades de la parte especial eran, en general, más bajas que las del Código Penal Federal, aunque más altas que en los estándares occidentales.

La Ciudad de México se ha caracterizado por posturas vanguardistas en el tema de derechos humanos. El código representó en su momento un avance de las posturas garantistas. Esta línea siguió vigente en la reforma de 2007 en la que despenalizó el aborto en las primeras doce semanas de gestación. Reforma

que generó en su momento mucha controversia, pero que responde a un reclamo de importantes sectores de la población. En todo caso es una reforma despenalizadora que reduce el *ius puniendi* estatal y no ha significado, en los hechos, una afectación de derechos para la población.

A partir de 2019 se llevaron a cabo un conjunto de reformas al Código Penal para el Distrito Federal (CPDF) orientadas a incorporar instituciones de corte peligrosistas, como la reincidencia y el registro de personas agresoras sexuales; a incrementar punibilidades en el feminicidio, a aumentar la edad de la persona sujeto pasivo de la violación equiparada y a penalizar cualquier supuesto de terapia de conversión:

1. *Reincidencia.* Esta figura ha sido objeto de múltiples críticas porque implica sancionar a una persona por su vida pasada al incrementar de manera importante la punibilidad por el nuevo delito. El artículo 29 ter incorporado en 2019 establece:

En caso de que el imputado por algún delito doloso calificado por la ley como grave o que amerite prisión preventiva oficiosa, según corresponda, fuese reincidente por delitos de dicha naturaleza, la sanción aplicable por el nuevo delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la pena máxima prevista para éste, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 33 del presente Código.

El incremento de punibilidad no se justifica si la persona ya fue sancionada por la conducta anterior. La imposición de una sanción más grave no impedirá necesariamente la comisión de nuevos delitos una vez que la persona haya cumplido la segunda condena, que en nuestro sistema será seguramente muy prolongada. La determinación de la segunda condena excederá necesariamente el grado de culpabilidad del sujeto. La culpabilidad es uno de los principios reconocidos por el CPDF en el artículo 5. A su vez, el artículo 72 prevé que el juez “determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente”.

<sup>41</sup> Se han publicado libros y artículos sobre el tema. Destaca el libro de Vidaurri Aréchiga, M. (2021), *Indagaciones en torno al populismo penal en México*, México: Tirant lo Blanch. En el texto se analizan casos de diversas entidades federativas en las que se identifican legislaciones orientadas por corrientes populistas.

<sup>42</sup> El originalmente denominado Nuevo Código Penal para el Distrito Federal entró en vigor el 12 de noviembre de 2002. Es resultado de las reformas constitucionales de 1996 en la que se facultaba a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal a legislar en las materias civil y penal a partir del 1º de enero de 1999. La Asamblea emitió un primer ordenamiento, cuyo contenido era el del Código Penal Federal de 1931 con varios artículos derogados para efectos de “desfederalizarlo”. Este texto de naturaleza singular estuvo vigente hasta la fecha mencionada al inicio. El Código de 2002 ha sido objeto de múltiples reformas, algunas de las cuales aquí se comentan.

## Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

La incorporación de esta figura era innecesaria y es incongruente con los principios reconocidos en el propio código.

2. *Registro Público de Personas Agresoras Sexuales (RPPAS)*. Este registro responde a los reiterados reclamos de grupos principalmente feministas. En algunos países este registro contiene datos de agresores sexuales de personas menores de edad y tiene por finalidad que, una vez cumplida la condena las personas registradas no puedan trabajar con niñas, niños y adolescentes. En el CPDF el artículo 69 ter obliga al juez, en el caso de personas condenadas por feminicidio cuando la víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo, violación, violación equiparada, violación equiparada contra persona menor de 12 años (181 bis), turismo sexual (art. 186) y trata de personas (art. 188bis), a ordenar invariablemente su registro en el RPPAS por un mínimo de 10 y un máximo de 30 años. Además, se establece que el registro se extenderá de 10 a 30 años contados a partir de que la persona es puesta en libertad por cualquier motivo distinto a la sustitución, suspensión o cumplimiento de esta. La duración máxima del registro es excesiva, y no queda claro en qué casos se extiende. Tal como está redactado se extendería aunque mediara indulto por reconocimiento de inocencia. Este tipo de registros ha sido cuestionado. Dificulta en gran medida la reinserción social del sujeto, si es que esta puede tener lugar después de penas tan largas como las contempladas en nuestro sistema. En todo caso la regulación muestra inconsistencias en cuanto la extensión del registro, que no es clara, y en cuanto a la violación de menores de 12 años del artículo 181 bis, ya que como se verá a continuación este artículo hace referencia a personas menores de 18 años y no de 12.
3. *Feminicidio*. El concepto actual de feminicidio se popularizó en la década de los 70 del siglo pasado cuando los movimientos feministas reintrodujeron el término y lo politizaron para llamar la atención sobre la desigualdad de género.<sup>43</sup> La tipificación del feminicidio en Méxi-

co tuvo lugar en medio de discusiones teóricas e ideológicas de distinto signo y se desarrolló en diversos niveles. Los penalistas dogmáticos rechazaban un tipo penal que, en definitiva, proteja la vida de las mujeres, bien jurídico que goza de amplia protección ante diversas formas de ataque. Argumentaron, también, que la vida es igualmente valiosa para cualquier ser humano, se trate de hombres o mujeres, niños o ancianos. En igual sentido se expresaba la mayoría de los operadores del sistema penal, sin una reflexión fundada en los principios del sistema, pero sí en la experiencia y en el sentido común que les permitía intuir que no había diferencia entre las vidas humanas, además de que a los hombres los matan más que a las mujeres. Se argumentó que con este tipo penal se violaba el principio de igualdad ante la ley, pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reiterado que la figura no vulnera el principio de igualdad, que ella “responde a una finalidad constitucional, pues busca lograr un mayor alcance y protección de los derechos de las mujeres, en especial, el derecho a vivir libres de cualquier tipo de violencia”. Estas conductas, siguió diciendo el alto tribunal:

... afectan no sólo la vida, la integridad física, psíquica y la libertad sexual, sino que también son cometidas con base en la discriminación y subordinación implícita contra las mujeres, es decir, por razones de género; de ahí que el citado precepto legal constituye una medida objetiva y racional, ya que se garantiza la equidad al establecer mecanismos de protección a la integridad de las mujeres que han sufrido violencia.<sup>44</sup>

lence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo”, UN, A/HRC/20/16 (23 de mayo de 2012). Disponible en [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16\\_En.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16_En.pdf) (18/06/2020). Citado por Saccomano, C. (2017), “El feminicidio en América Latina: ¿Vacío legal o déficit del Estado de derecho?”, *Revista cidob d’Afers Internacionals*, Número 117, p. 54.

<sup>44</sup> FEMINICIDIO. EL ARTÍCULO 153-A DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO, QUE TIPIFICA EL DELITO DE HOMICIDIO POR CUESTIONES DE GÉNERO, NO TRANSGREDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 28, marzo de 2016; Tomo I; Pág. 979. 1a. LIV/2016 (10a.). Registro No. 2 011 230.

<sup>43</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR (2012), “Report of the Special Rapporteur on vio-

Esta decisión, a pesar de tratarse de una tesis aislada, ha impactado y ha sido aplicada por tribunales inferiores. La decisión contiene razones de peso para superar el argumento de que la tipificación del feminicidio transgrede el principio de igualdad. La figura no hace más que atender a una desigualdad que está presente en la realidad cotidiana.

La inclusión de la figura en el CPDF es entendible a la luz de la perspectiva de género que busca visibilizar la situación de violencia a la que vivimos sometidas gran parte de las mujeres, aunque los detalles de la regulación son discutibles. Es, en cambio, criticable que la punibilidad prevista para el feminicidio sea superior a la del homicidio calificado. La figura se justifica para evidenciar la vulnerabilidad de la víctima, pero ello no hace más valioso al bien jurídico “vida de una mujer” que “vida de un niño, niña adolescente, hombre o mujer que murió en circunstancias que no permiten apreciar la perspectiva de género”. La mayor punibilidad no evitará futuros feminicidios *per se* y genera una desproporción en la protección de la vida.

4. *Edad del sujeto pasivo de violación equiparada.* Esta representa la mayor inconsistencia e irracionalidad de las reformas de corte populista llevadas a cabo por el legislador de la Ciudad de México. El título quinto de la Parte Especial del CPDF “Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual” incluye el capítulo VI que se denomina “Violación, Abuso Sexual y Acoso Sexual, Cometido a Menores de Doce Años de Edad”. Aunque el título se ha mantenido desde que fue incorporado en 2011, en el año 2021 se modificó el artículo 181 bis que en su primer párrafo ahora señala:

Al que realice cópula con persona de cualquier sexo menor de dieciocho años, se le impondrá de doce a veinte años de prisión. Es decir que al contrario de lo que sugiere el título del capítulo se considera violación tener cópula con persona menor de 18 años sin violencia.

Esta disposición no atiende a la realidad de las y los jóvenes de la Ciudad de México que en un gran número ejercen su sexualidad antes de alcanzar los 18 años. Pero, lo que es peor, es contradictoria con otros artículos del mismo código como por ejemplo el 180 que regula el estupro. En él se amenaza con seis meses a cuatro años de prisión al que tenga cópula con persona mayor de doce y menor de dieciocho años, obteniendo su consentimiento por medio de cualquier tipo de engaño. Es decir, si tiene cópula consentida con persona menor de 18 años se le podrá imponer una pena de 12 a 20 años de prisión; si tiene cópula por medio del engaño con persona entre 12 y menos de 18 años, de seis meses a cuatro años de prisión.

La disposición desconoce, además, otras regulaciones como la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes que en el artículo 55 reconoce el derecho de las y los adolescentes privados de la libertad a recibir visita íntima: “La persona adolescente emancipada privada de la libertad tendrá derecho a visita íntima sin que la autoridad del Centro de Internamiento pueda calificar la idoneidad de la pareja. El mismo derecho aplica para las personas adolescentes que acrediten concubinato...”

El texto del CPDF está inspirado en una concepción de moral privada, propia de padres y madres de familia conservadores, valoración que no es razonable para inspirar un tipo penal. Un joven de 18 años que tuviera relaciones sexuales con su novia o novio de 17 años estaría cometiendo violación, podría ser condenado a 12 años de prisión y a 10 años de RPPAS si se impusieran las condenas mínimas.

5. *Terapia de conversión.* La prohibición de imponer obligatoriamente a una persona una terapia de reconversión parece razonable. Ello atenta contra el libre desarrollo de la personalidad

El artículo 190 Quáter, incorporado en 2020 señala:

Se entiende por terapias de conversión, aquellas prácticas consistentes en sesiones psicológicas, psiquiátricas, métodos o tratamientos que tenga por objeto anular, obstaculizar, modificar o menoscabar la expresión o identidad de género, así como la orien-

## Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

tación sexual de la persona, en las que se emplea violencia física, moral o psicoemocional, mediante tratos crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la dignidad humana.

La punibilidad es de dos a cinco años de prisión y de 50 a 100 horas de trabajo en favor de la comunidad.

Sin embargo, parece excesivo sancionar de igual manera a quien imparte la terapia con consentimiento de la persona que es objeto de esta. Habrá que valorar en cada caso la pertinencia de la sanción penal.

Estas mismas prácticas se utilizan, en ocasiones, para terapias de desintoxicación y no son objeto de sanción penal.

Estos cinco ejemplos ponen en evidencia que el legislador penal de la Ciudad de México no ha respetado los principios del derecho penal democrático: los textos reseñados no cumplen con la *ultima ratio* ni con la proporcionalidad. Las punibilidades previstas son excesivas (feminicidio, RPPAS), no son estrictamente necesarios (terapias de conversión voluntarias), no atienden a un derecho penal de acto (reincidencia) no afectan bien jurídico alguno (cópula consentida con persona menor de 18 años).

El legislador tampoco ha cumplido con los principios de racionalidad legislativa. En la etapa prelegislativa ha sucumbido a grupos de presión con una visión parcial de la realidad de la Ciudad de México y de los valores democráticos. Ha actuado en contra de los fines perseguidos por el derecho penal democrático que no busca moralizar a la sociedad sino procurar la convivencia pacífica de sus miembros, respetando los valores y las creencias que no afecten al conjunto social. Ha generado contradicciones penalizando conductas que están permitidas en la legislación penal y que son incongruentes con las disposiciones del mismo código, como la cópula con menor de 18 años y el estupro.

Lo que ocurre en la legislación penal de la Ciudad de México no es una excepción, algo similar puede verse en otras entidades federativas y en la legislación federal. Lo mismo se ha señalado de otros países. Pero ello no justifica al legislador de la capital de la República, que se había caracterizado por una legislación penal de corte garantista.

## 6. Reflexiones finales

La necesidad de limitar el *ius puniendi* es producto de la experiencia histórica. Esta limitación no obedece únicamente a que el derecho penal es la reacción más enérgica del Estado hacia las personas, a que la sanción penal es la más grave; se ha comprobado que la aplicación misma del sistema penal es problemática para el individuo y para la sociedad. De ahí que un sistema penal acotado que minimice la violencia y maximice la libertad es congruente con los valores y programas que la comunidad internacional ha consagrado en los principales instrumentos de derechos humanos y que han sido incluidos en muchas de las constituciones actuales de los países occidentales.

Los principios de fragmentariedad y subsidiariedad y, en especial, el de *ultima ratio* constituyen los límites ineludibles del sistema penal en un Estado democrático de derecho. Ellos se complementan con los de lesividad, culpabilidad y humanidad que descansan en el respeto a la dignidad humana y a la necesidad de racionalidad en la actuación estatal.

En un modelo de justicia penal de derechos, como el consagrado en la CPEUM, los principios mencionados tienen plena vigencia. El reconocimiento de nuevos actores en el sistema penal no debe ser un factor de limitación de derechos de los sujetos que tradicionalmente formaban parte del mismo. Ha de existir un equilibrio entre los derechos del imputado y la víctima en los distintos niveles de actuación estatal.

Sin embargo, la realidad del día a día se rebela constantemente contra la racionalidad jurídica. Quienes se inclinan por reivindicar lo que “la gente” quiere, piensa y siente sobre el delito consideran que las actuaciones penales del Estado se legitiman por el respaldo popular. Rechazan al sistema penal institucionalizado y menosprecian los principios en los que descansa. Esta postura no es desinteresada, quienes la defienden buscan obtener un rédito político al apoyar medidas populares, sin importar las consecuencias que estas tengan en la vida de las personas y en el conjunto social.

Las posturas de este tipo atraviesan todo el sistema, pero es en el proceso legislativo donde se visualizan nítidamente. Los pasos y los principios que han de guiar la actuación de un legislador democrático son obstruidos por la intervención de grupos de interés que propician e imponen normas que no son

congruentes con el sistema, que implican medidas desproporcionadas y que atentan contra la dignidad de las personas.

El caso del legislador de la Ciudad de México, al que se hizo referencia en este escrito, es solo un ejemplo de lo que está ocurriendo en gran parte de nuestro país. Corresponde a quienes se ocupan de estudiar y analizar el sistema penal desde una perspectiva interseccional oponerse a los embates del populismo y rechazar las arbitrariedades del legislador.

## 7. Fuentes consultadas

- Aguiló, J. (2004), “La Constitución del Estado constitucional”. Colombia: Palestra Editores.
- Albrecht, P. A. (2000), “El derecho penal en la intervención de la política populista”, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Instituto De Ciencias Criminales De Frankfurt (Ed.) Área De Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), pp. 471-486.
- Azzolini, A. (1997), *Culpabilidad y punición*, México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Azzolini Bincaz, A. (2012), *El sistema penal constitucional; El laberinto de la política criminal del Estado mexicano*, México: Ubijus, Félix Cárdenas S.C. (Colección Sistema Acusatorio, 7).
- Azzolini Bincaz, A. B. (2019), “Las violaciones de derechos humanos en el sistema penal mexicano”, *Alegatos*, Número 100, septiembre-diciembre 2018, pp. 539-562
- Böhm, M. L. (2012), “El ente inseguras y la inseguridad del derecho penal. Reflexiones a partir del caso alemán”. Texto originalmente publicado en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Año II, N° 3, abril 2012, pp. 156-80. Disponible y consultado en <https://riu.austral.edu.ar/handle/123456789/1688>. Fecha de consulta (9/09/2022).
- Bottoms, A.E. (1995), “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, en C. Clarkson y R. Morgan (eds), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon.
- Colomar Viadel, A. (2015), “Tendencias del constitucionalismo en el siglo XXI: cuestionamientos e innovaciones constitucionales”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, pp. 329-351. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/16086/13910> (17/03/2021).
- Díez Repollés, J.L. (2019), “La racionalidad legislativa penal decisiones en un procedimiento socio-legislativo complejo”. Daniel Oliver-Lalana, A. (ed.), *La legislación en serio; Estudios sobre derecho y jurisprudencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 119-170.
- Donini, M. (2010), *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad; Estudios de derecho penal*, Lima: Ara editores.
- Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón; Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L., (2001), “Pasado y futuro del estado de derecho”, *rifp*, 17, p. 34; disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-2001-17-0011/pdf> (consultada el 7 de junio de 2016).
- Ferrajoli, L. (2004), *Epistemología jurídica y garantismo*, México: Fontamara.
- García Ramírez, S. (2013) “La reforma procesal penal en la constitución mexicana: ‘transacción y transición’”. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/23.pdf> (Fecha de consulta 11/09/2022).
- Gargarella, R. (2016), *Castigar al prójimo; Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Gómez, A. y Proaño, F. (2012), “Entrevista a Máximo Sozzo: ‘Qué es el populismo penal?’”, *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. No. 11, Quito, marzo, pp.117-122.
- González Placencia, L. (2015), “Implicaciones de la reforma constitucional de junio de 2011”, Tenorio Tagle, F. (Coord.), *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal; Ensayos en honor a Massimo Pavarini*. México: INACIPE.
- Jakobs. G. (1997), *Derecho penal, Parte general; Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid: Marcial Pons.
- Mir Puig, S. (2007), *Derecho penal; Parte general*, 7ª. edición, Buenos Aires: Editorial B de F.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR (2012), “Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo”, UN, A/HRC/20/16 (23 de mayo de 2012). Dispo-

## Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal

- nible en [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16\\_En.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/A.HRC.20.16_En.pdf) (18/06/2020). Citado por Saccomano, C. (2017), “El feminicidio en América Latina: ¿Vacío legal o déficit del Estado de derecho?”, *Revista cidob d’Afers Internacionals*, núm. 117.
- Pastor, D. (2005). “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Nueva Doctrina Penal*, 1, pp. 73-114.
- Pérez Manzano, M. (1986), *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.
- Prittwitz, C. (2000), “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?; Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal”, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Instituto De Ciencias Criminales De Frankfurt (Ed.) Área De Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), pp. 427-444.
- Roxin, C., Arzt, G. y Tiedemann, K. (1989), *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, Barcelona: Ariel.
- Silva Sánchez, J. M. (2003), *La expansión del derecho penal*, Madrid: Civitas.
- Traverssa, R. (2014), “Neopunitivismo y control social. Reflexiones sobre la represión selectiva de la política populista”, *Panorama*, 8, pp. 133-143.
- Vidaurri Aréchiga, M. (Director) (2020), *Indagaciones en torno al populismo penal*, México: Tirant lo Blanch.
- Widow Lira, F. (2015), “La ley de Hume en Hume: la discusión de la interpretación analítica de Treatise III, 1, i”, *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, Vol. 32, Núm. 2 (2015), pp. 415-434.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2001), *Derecho penal; Parte general*, México: Porrúa.

## El principio de objetividad en la actuación del ministerio público

**José Héctor Carreón Herrera**

*Director General del Instituto de Estudios del Proceso Penal Acusatorio, A.C. (INEPPA); profesor de posgrado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), la Escuela Libre de Derecho (Ciudad de México) y de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, A.C.; miembro fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología.*

**Héctor Carreón Perea**

*Profesor de posgrado en el INACIPE, la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle (Ciudad de México) y la Universidad Panamericana (Campus Guadalajara); miembro de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, y de la Asociación Internacional de Fiscales. ORCID: 0000-0001-5207-6507. X: @HectorCarreonP.*

**RESUMEN:** *El deber de objetividad constituye un principio que rige la función del Ministerio Público en la investigación de los delitos, no solo en el marco de representación de los intereses que tienen las víctimas, sino también las personas investigadas. Por ello, conocer los efectos que este tiene para garantizar una actuación imparcial y objetiva durante el procedimiento penal es fundamental para contener y revertir las injerencias políticas o poderes autocráticos que confluyen en la conformación del sistema penal.*

**PALABRAS CLAVE:** *Ministerio Público; principio de objetividad; procuración de justicia.*

**ABSTRACT:** *The duty of objectivity is a principle that governs the role of the prosecutors in the investigation of offences, not only within the framework of representing the interests of the victims but also of the persons under investigation. For this reason, it is essential to know the effects of this principle on ensuring impartial and objective action during criminal proceedings in order to contain and reverse the political interference or autocratic powers that converge in the formation of the criminal justice system.*

**KEYWORDS:** *Prosecutor; principle of objectivity; pursuit of justice.*

## El principio de objetividad en la actuación del ministerio público

**SUMARIO:** 1. Autonomía y uso político de la procuración de justicia; 2. Objetividad y debida diligencia en la función ministerial; 3. La representación del interés público durante el procedimiento penal; 4. Conclusiones.

## 1. Autonomía y uso político de la procuración de justicia

La reforma constitucional de seguridad y de justicia del 2008 en el Estado mexicano no solo se caracterizó por la adopción del proceso penal acusatorio, también marcó la pauta para reestructurar algunas agencias que conforman el sistema de justicia penal, entre ellas las encargadas de procurar justicia —fiscalía o procuradurías—, con el objetivo de garantizar su autonomía en la investigación y persecución de los delitos.

Por ello, la expectativa de dotar de autonomía a las instituciones del Ministerio Público implica reformular su naturaleza hacia un:

... órgano de persecución objetivo e imparcial, a semejanza de los jueces, con una tarea presidida por la misma meta, es decir, colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el Derecho penal material, obligado a proceder tanto en contra como a favor de la persona sujeta a investigación, según el caso mismo lo aconsejara, característica que le ha valido al oficio del Ministerio Público el mote descriptivo de “custodio de la ley”.<sup>1</sup>

Reconocida como una institución protectora y garante de la ley, la función del Ministerio Público trae implícita una seria e importante responsabilidad para quienes deciden asumir la representación de los intereses de la sociedad, pues como lo señalan las *Directrices sobre la función de los fiscales*, las personas servidoras públicas que se desempeñen como fiscalas o fiscales deben estar:

... conscientes de los ideales y obligaciones éticas correspondientes a su cargo, de la protección que la Constitución y las leyes brindan a los derechos del sospechoso

y de la víctima, y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.<sup>2</sup>

Para lograr la autonomía formal y funcional de la institución del Ministerio Público, tiene que desterrar-se el discurso moralizante que desafortunadamente ha caracterizado la función investigativa de los delitos, pues aún en la actualidad existe la percepción —tanto interna como externa— de que su eficacia será más contundente en la medida en que se promueva la acción procesal penal en la mayoría de los casos, situación que no se corresponde con los principios de subsidiariedad o de oportunidad propios de un derecho penal y de un derecho procesal penal de corte liberal, respectivamente.

Erigir al Ministerio Público como un órgano constitucional autónomo, o bien, constitucionalmente garantizado, no solo inhibirá el ánimo de pertenencia que tienen los poderes ejecutivos sobre aquel —visto en muchos de los casos como un peón o institución más de la administración pública—, así también:

... se fortalecería nuestro Estado de derecho, acercándolo a las concepciones más modernas, en las cuales se aseguraría la imparcialidad y la objetividad en función tan delicada para la persona; [...] se aseguraría que las [investigaciones] no corrieran el peligro de determinarse por influencias, factores políticos y partidistas, sino sólo por la ley.<sup>3</sup>

No pasa por alto que, en algunas autocracias persistentes en Latinoamérica, la labor de las institu-

<sup>2</sup> Adoptadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en La Habana, Cuba, el 7 de septiembre de 1990.

<sup>3</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, “El ministerio fiscal como órgano constitucional autónomo”, en *Revista de estudios políticos*, n° 125, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 43, disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/17568repne125041.pdf> (fecha de consulta: 14 de febrero de 2023).

<sup>1</sup> V. Maier, Julio B. J., “El Ministerio Público: ¿un adolescente?”, en Maier, Julio B. J. et al., *El Ministerio Público en el proceso penal*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 30.

ciones de procuración de justicia es objeto de confiscación por parte del poder político, y las acciones procesales penales que estas emprenden, un medio de represión y de corrupción que se emplea a discreción del dictador o tirano en curso, ya sea para controlar a la población o vengarse de sus rivales políticos.

Considerando esta última idea, las injerencias partidistas en la función del Ministerio Público vulneran la misión que dicha institución tiene al servicio de la sociedad, lo que desemboca en el fenómeno del *lawfare*, entendido como:

... el uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político. Combina acciones aparentemente legales con una amplia cobertura de prensa para presionar al acusado y su entorno (incluidos familiares cercanos) de modo que quede más vulnerable a las acusaciones sin prueba, para lograr que pierda apoyo popular para que no disponga de capacidad de reacción.<sup>4</sup>

Además, más allá de este fenómeno de manipulación y persecución judicial, las instituciones del Ministerio Público se encuentran en un riesgo latente de adherirse a otras prácticas de dudosa legitimidad legal, que a decir de las profesoras Silvana Romano y Camila Vollenweider recurren “al miedo como principal arma para aniquilar —vía la desmoralización— al enemigo político, dando lugar a *lawfear*: la ley como arma para infundir miedo”.<sup>5</sup>

Si bien la autonomía formal del Ministerio Público viene a fortalecer los mecanismos de control democrático de los sistemas de justicia penal, esta condición no soluciona por sí sola el problema de las acciones procesales penales inspiradas por motivos políticos, ya que las autocracias o dictaduras modernas se abren camino mediante la promoción y utilización de prácticas ilegales e ilegítimas como un medio de represión o aniquilación.

En aquellos Estados en que la democracia se encuentra erosionada, las mayorías pueden ser manipuladas y las personas que integran el Ministerio

Público pueden ser objeto de presiones populistas a las que temen resistir, en particular cuando sus decisiones son objeto de críticas por parte de los medios masivos de comunicación —incluyendo las redes sociodigitales— y de la opinión pública cuando no gozan de popularidad.<sup>6</sup>

Con el fin de evitar en parte lo anterior, nos permitimos llevar a cabo algunas reflexiones partiendo de los contenidos de la norma constitucional, así como de las legislaciones penal y procesal penal vigentes en el Estado mexicano.

## 2. Objetividad y debida diligencia en la función ministerial

El artículo 21 constitucional establece que la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de dicha función.

Para dar cumplimiento a este mandato constitucional, el artículo 214 del Código Nacional de Procedimientos Penales (en lo sucesivo CNPP) reúne los principios que rigen a las autoridades encargadas de desarrollar la investigación de los delitos: legalidad procesal, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez, lealtad y respeto a los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) como en los tratados internacionales.

En el mismo ordenamiento procesal, se precisa que la investigación por parte del Ministerio Público debe ser objetiva y referirse tanto a los elementos de cargo como de descargo, y conducirse con la debida diligencia —artículo 129 del CNPP—.

En este sentido, el principio de objetividad en la labor del Ministerio Público se complementa con el de imparcialidad, puesto que al ser considerado una parte procesal a la par de las personas víctimas y de quienes están sujetas a una investigación se ve constreñido a atender las indagatorias con base en crite-

<sup>4</sup> V. Romano, Silvana y Vollenweider, Camila, “¿Lawfare o lawfear? La guerra judicial y el miedo”, en *Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica*, Argentina, CELAG, 2020, disponible en <https://www.celag.org/lawfare-o-lawfear-la-guerra-judicial-y-el-miedo/> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2023).

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> Cfr. *Informe sobre las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial: Parte II – El Ministerio Público*, adoptado por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) en su 85ª reunión plenaria (Venecia, 17-18 de diciembre de 2010), Estudio núm. 494 / 2008, CDL-AD(2010)040, Estrasburgo, 3 de enero de 2011, p. 6, disponible en [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfFile=CDL-AD\(2010\)040-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfFile=CDL-AD(2010)040-spa) (fecha de consulta: 15 de febrero de 2023).

## El principio de objetividad en la actuación del ministerio público

rios objetivos, esto quiere decir, aquellos “relacionados con el objeto sometido a consideración y nunca con los sujetos interesados ni con el sentir personal de quien actúa”.<sup>7</sup>

Como puede apreciarse, la objetividad tutela la igualdad de las partes procesales durante el desarrollo del procedimiento penal, por lo tanto, la ley penal adjetiva funciona como un mecanismo de contención primaria al señalar a todo órgano investigador:

... los límites y presupuestos bajos (sic) los cuales deberá ejercer su labor, [...] donde cada una de las partes se le garantiza un alto nivel de participación propia de un sistema democrático, asegurando el adecuado sistema de frenos y contrapesos (Ministerio Público, Imputado, Defensor, Juez).

De esta manera la imparcialidad y el respeto a [los derechos humanos] del acusado, son los principios que orientan la actuación de los representantes del Ministerio Público, compartiendo con el fiscal [...] los mismos fines que inspiran la acción del juez en cuanto a la protección de la dignidad y los derechos del imputado, reconocidos en nuestro ordenamiento desde dos esferas diferentes como lo son la persecutoria y la decisoria.<sup>8</sup>

Si bien el principio de objetividad ordena que el Ministerio Público debe analizar todos los elementos de prueba que beneficien tanto a la víctima como a la persona sujeta a una investigación, esta obligación tiene que realizarse con debida diligencia.

Como se ha desarrollado en diversas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pareciera que la debida diligencia está orientada en un primer momento a garantizar que toda investigación de un delito o un hecho victimizante provea castigo a las personas responsables y se garanticen los derechos de las personas víctimas. Sin embargo, la función que tienen las autoridades investigadoras de un delito trae implícita la observancia de los principios

de independencia, imparcialidad y exhaustividad, los cuales también pueden ser observables desde el punto de vista de la defensa de las personas sujetas a una investigación.

Por ejemplo, de acuerdo con algunas leyes generales la debida diligencia se traduce en que:

... toda prevención, investigación, proceso penal y reparación que se inicie por los delitos o violaciones a derechos fundamentales [...] se deberá garantizar su desarrollo de manera autónoma, independiente, inmediata, imparcial, eficaz; y deberán ser realizadas con oportunidad, exhaustividad, respeto de derechos humanos y máximo nivel de profesionalismo.<sup>9</sup>

Desde esa perspectiva, toda investigación que realice o dirija el Ministerio Público debe ser independiente e imparcial, con el objeto de que no se inmiscuyan arbitrariamente aspectos subjetivos que impacten en la incorporación o desechamiento de elementos probatorios. En el mismo sentido, la actividad investigativa debe realizarse a través de los medios legales disponibles y estar orientada a la determinación de la verdad, y no a la manipulación de esta última.<sup>10</sup>

Por estas razones las “Normas de responsabilidad profesional y Declaración de derechos y deberes fundamentales de los Fiscales”<sup>11</sup> han sido enfáticas en señalar que la función de los fiscales y fiscalas deberá ejercerse en forma independiente y libre de injerencia política, sobre todo cuando se materializa el principio de oportunidad a través de algunos sistemas de selectividad que tienen como finalidad la exención de la acción procesal penal que, en el caso mexicano, podemos observar en la aplicación de los criterios de oportunidad.

Así también, dichas normas involucran la imparcialidad como un eje rector de quienes ejercen la función ministerial, lo que implica que actúen con objetividad y contemplen —sin favoritismos, temores o prejuicios— todas las circunstancias relevantes en una investigación, sin perjuicio de que las mismas

<sup>7</sup> Consúltase Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico* (DPEJ), España, RAE, 2022, disponible en <https://dpej.rae.es/lema/objetividad> (fecha de consulta: 16 de febrero de 2023).

<sup>8</sup> V. López Matarrita, Elvis Antonio, *El principio de objetividad en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público*, (Tesis de licenciatura), Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2007, pp. 126 y 127, disponible en <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/07/El-principio-de-objetividad-en-el-ejercicio-de-la-accion.pdf> (fecha de consulta: 16 de febrero de 2023).

<sup>9</sup> V. Artículo 6 fracción II de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

<sup>10</sup> Sobre la totalidad de los principios que informan la debida diligencia, consúltase De León, Gisela, Krsticevic, Viviana y Obando, Luis, *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos*, Buenos Aires, Argentina, CEJIL, 2010.

<sup>11</sup> Adoptadas por la Asociación Internacional de Fiscales el 23 de abril de 1999.

beneficien o perjudiquen a la persona investigada; a mayor abundamiento, procurar que se lleven a cabo las diligencias probatorias necesarias y razonables, dando a conocer los resultados, con independencia de que estos indiquen la culpabilidad o inocencia de las personas inculpadas.

### 3. La representación del interés público durante el procedimiento penal

Desde el momento en que las y los fiscales tienen conocimiento de que en el mundo fáctico se ha cometido un hecho posiblemente constitutivo de delito tienen la obligación de iniciar su investigación —con base en algún requisito de procedibilidad como lo son la denuncia o la querrela—. Para tal efecto llevará a cabo el acopio de los elementos de prueba que le permitan determinar el ejercicio de la acción procesal penal en contra de la persona que haya cometido un injusto penal —conducta típica y antijurídica— y posteriormente perfeccionarla con la formulación de la acusación en la etapa de preparación del juicio oral ante la autoridad jurisdiccional de control.

Con independencia del poder que tiene el Ministerio Público para llevar a cabo la investigación de los delitos, la legislación procesal penal le establece obligaciones para determinar de manera imparcial y objetiva las siguientes resoluciones: el archivo temporal —también denominado acuerdo de reserva—; el no ejercicio de la acción penal; la facultad de abstenerse de investigar; los de criterios de oportunidad; así como promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal, entre otras.<sup>12</sup>

No debemos pasar por alto que durante el transcurso de toda indagatoria los sujetos del procedimiento que tienen la calidad de parte, en especial las víctimas y las personas imputadas, tienen el derecho de solicitar al Ministerio Público la realización de los actos de investigación que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, siempre y cuando aquellos sean conducentes a criterio del propio órgano investigador.<sup>13</sup>

En numerosas ocasiones son las víctimas quienes pueden sugerir valiosas líneas de investigación aportando elementos de prueba sólidos. Por ello, la

“Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder”<sup>14</sup> es puntual al establecer que debe facilitarse la adecuación de todos los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas de un delito o de un hecho victimizante, a fin de que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen de manera adecuada.

Nuevamente con base en la debida diligencia el Ministerio público puede garantizar el mayor valor o grado posible de profesionalismo de los actos de investigación que no requieren autorización previa de la autoridad jurisdiccional —artículo 251 del CNPP—, así como de aquéllos que sí la requieren —artículo 252 del CNPP—, los cuales se deben de llevar a cabo de manera autónoma, independiente, inmediata, imparcial y eficaz, además de que se realicen con oportunidad y exhaustividad, preservando en todo momento el respeto de los derechos humanos de las partes.

Ante tal situación, la admisibilidad de los elementos de prueba que surjan de los actos de investigación propuestos por las partes exige del Ministerio Público un juicio de valoración, esto es, medir la probabilidad de la existencia de un hecho, sobre los fundamentos de los mismos que de manera objetiva le permitan garantizar la seguridad jurídica de cada uno de los intervinientes en el conflicto penal.

Para lograr este objetivo el Ministerio Público tendrá que establecer una interdisciplinaria entre el derecho penal sustantivo y el derecho penal adjetivo o formal, los cuales son interdependientes ya que comparten y se conducen cada uno por un conjunto de principios que sirven de sustento a las normas que los rigen, de ahí que un derecho penal de acto, como lo recoge nuestra Constitución:<sup>15</sup>

... exige un proceso penal en que se fije el objeto, se debata en equilibrio de partes (acusación y defensa), y decida un tercero (jurisdicción), todos independientes, o sea, un *proceso penal acusatorio*. [...] Por el contrario, un derecho penal sintomático o de autor (que busca al

<sup>14</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

<sup>15</sup> Consúltese el artículo 16 párrafo tercero de la CPEUM: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señala como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

<sup>12</sup> V. Artículo 131 del CNPP.

<sup>13</sup> V. Artículo 216 del CNPP.

## El principio de objetividad en la actuación del ministerio público

enemigo) no fija ningún objeto y no necesita ningún debate, sino sólo un órgano único del estado investigando y penando, o sea, un *proceso penal inquisitorio*.<sup>16</sup>

Todo lo anterior, con el fin de que en el tratamiento de un caso concreto no dejen de examinar aquellas causas que limitan el poder represivo del Estado contempladas en la parte general de la legislación penal material o sustantiva, conocidas como las causas de exclusión del delito, las que además constituyen el aspecto negativo del concepto de delito al cual la doctrina dominante en México y la misma ley penal definen en los contenidos del artículo 15 del Código Penal Federal en sentido contrario, como: conducta típica antijurídica y culpable.

A través de dicha disposición legal se puede interpretar el aspecto negativo del delito, a saber, la ausencia de conducta por ausencia de voluntad; la atipicidad cuando se demuestra la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate; las causas de justificación también llamadas causas de licitud o preceptos permisivos, y las causas de inculpabilidad, que pueden presentarse porque no se acredita en el caso concreto el injusto penal o bien porque el sujeto activo al momento de realizar el hecho típico no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado —inimputabilidad—, se encuentre bajo los efectos de un error de prohibición invencible que lo lleve a no tener conciencia de la antijuridicidad de su actuar o que no le sea exigible una conducta distinta a la que realizó —inexigibilidad—.

En cada caso penal, estas causas de exclusión del delito se deben hacer valer de oficio o a petición de parte en cualquier etapa o estado del *procedimiento penal*, como se establece en el artículo 17 del Código Penal Federal, aunque algunas legislaciones penales a nivel estatal acoten de manera indebida esta obligación al *proceso penal*, como lo podemos apreciar en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal —hoy Ciudad de México—: “Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso”.<sup>17</sup>

Esta obligación debe prevalecer durante todo el procedimiento penal, pues a pesar de estas inconsistencias legislativas, las cuales son consecuencia de la falta de unificación y correspondencia entre los ámbitos sustantivo y adjetivo, también existen criterios jurisdiccionales que la desdeñan bajo argumentos poco técnicos y contradictorios, incluso cuando es evidente su exigencia:

AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. ESTÁNDAR PARA SU DICTADO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. Para dictar un auto de vinculación a proceso en el sistema procesal penal acusatorio y oral, sólo es necesario analizar si existe el hecho considerado por la ley como delito y determinar si los datos de prueba hacen probable la responsabilidad del gobernado en su comisión, el que atendiendo a la significación que recoge tanto elementos normativos como doctrinales mayormente enfocados al causalismo, excluye un análisis de todos y cada uno de los elementos del tipo penal, dado que lo relevante para el dictado de ese acto procesal no es explicar el fenómeno delictivo en su completitud, sino la constatación de un resultado, lesión o puesta en peligro prohibido por la norma penal, ya que incluso el encuadramiento legal que se propone al solicitar la emisión del auto de vinculación puede variar hasta el alegato de clausura en la etapa de juicio oral. Por ende, el estándar que debe existir para la vinculación a proceso no es el de realizar un análisis exhaustivo de los elementos del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), sino que debe partirse de la normalización del procedimiento de investigación judicializada privilegiando su apertura, pues la finalidad del proceso penal es el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente y procurar que el culpable no quede impune, para asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte, lo cual se logra dando cabida a una verdadera investigación, donde los indicios den cuenta aproximada de la transformación del mundo con motivo de la conducta desplegada por el ser humano para verificar si existe un

<sup>16</sup> V. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Slokar, Alejandro y Alagia, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Ediar, 2010, p. 131.

<sup>17</sup> De acuerdo con la legislación procesal penal mexicana, pro-

cedimiento y proceso se conceptualizan de manera diferenciada. Mientras que el procedimiento inicia desde la presentación de la denuncia o querrela, el proceso inicia con la audiencia inicial. Al respecto, véase el artículo 211 del CNPP.

desvalor de la norma prohibitiva. Sin embargo, cuando se advierta una causa de exclusión del delito, el Juez debe declararla de oficio, porque en cualquier fase del procedimiento penal debe verificarse si se actualizan, tal como lo prevé el artículo 17 del Código Penal Federal, al disponer que las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento; mientras que si es alegada por la defensa, para su verificación, es necesario atender a que se impone al procesado la carga probatoria respecto a la causa de exclusión del delito que se haga valer, por implicar una afirmación que corresponde probar a quien la sostiene patente y plenamente.<sup>18</sup>

Adicionalmente, este tipo de criterios asumen el punto de vista de que la carga de la prueba para hacer valer una causa de exclusión del delito, como las de inculpabilidad, le corresponde a la defensa de la persona investigada, perdiendo de vista que por mandato constitucional la carga para demostrar la culpabilidad le corresponde oficiosamente a la parte acusadora — artículo 20 apartado A fracción V—, tradicionalmente a través del Ministerio Público, y de manera autónoma —aunque acotada—, a la víctima o persona ofendida por medio del procedimiento especial denominado “acción penal por particulares”, en términos de lo que establecen los artículos “21 párrafo segundo de nuestra Carta Magna”<sup>19</sup> y “426 del CNPP”<sup>20</sup> en cualquiera de las tres etapas del procedimiento penal. Además, como se ha reflexionado en otros trabajos:

... este tipo de tesis aisladas solo contribuyen a evidenciar contradicciones conceptuales y las consecuencias que ha traído consigo la deficiente capacitación continua en Teoría del Delito, pues si se argumenta que para dictar un auto de vinculación a proceso es necesario analizar si existe el “hecho considerado por la ley como delito”, forzosamente se tiene que constatar la concretización de los elementos del tipo [o sea la tipicidad de la conducta], por lo que afirmar en el mismo razonamiento

que se “*excluye un análisis de todos y cada uno de los elementos del tipo penal*”, francamente es una flagrante contradicción en términos.

Evidentemente, el desempeño de la función valorativa que realice el Ministerio Público sobre el elemento de la culpabilidad, no trasciende de manera alguna a generar un juicio concluyente respecto a la responsabilidad de la persona imputada o acusada, toda vez que dicho órgano no puede arrogarse funciones jurisdiccionales de reprochabilidad. Incluso, esta exigencia también se encuentra contemplada en las atribuciones que tienen los jueces de control, especialmente en aquellas resoluciones judiciales en las que determinen la vinculación a proceso de una persona imputada, pues tal y como lo establece la fracción IV del artículo 316 del CNPP, uno de los requisitos que deberá valorarse para dictar el auto de vinculación, es la inexistencia de una causal que excluya el delito, que esté contemplada en la legislación penal sustantiva.<sup>21</sup>

La función que ejerce el órgano acusador como guardián de las normas se fundamenta en la interdependencia social, es decir, el Ministerio Público es el representante de los intereses de la sociedad —no de la sociedad en sí misma—. Esta noción se reafirma cuando las personas servidoras públicas de las instituciones que procuran justicia observan a cabalidad el principio de lealtad en el ejercicio de sus facultades, es decir, desempeñan “sus funciones atendiendo a la satisfacción de los intereses de la sociedad, subordinando el interés personal al interés general y bienestar de la población y de las personas víctimas”, como lo señala el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la República<sup>22</sup> en su artículo segundo.

Dado que el Ministerio Público actúa en nombre de la sociedad en su conjunto y habida cuenta de que una condena penal tiene consecuencias graves, debe ajustar su actuación a los principios de objetividad y debida diligencia, y así proteger por igual los derechos de las víctimas y de las personas sujetas a una investigación.

Por último, cabe destacar que instrumentos como las “Directrices sobre la función de los fiscales”<sup>23</sup> re-

<sup>18</sup> Tesis: XV.3o.6 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, registro digital 2013695.

<sup>19</sup> “El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

<sup>20</sup> “El ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, pero podrá ser ejercida por los particulares que tengan la calidad de víctima u ofendido en los casos y conforme a lo dispuesto en este Código”.

<sup>21</sup> Cfr. Carreón Perea, Héctor, *Los criterios de oportunidad en el proceso penal mexicano. Teoría y práctica*, México, Tirant lo Blanch/INEPPA, 2021, p. 99.

<sup>22</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de junio de 2023.

<sup>23</sup> Aprobadas durante el Octavo Congreso de las Naciones Uni-

## El principio de objetividad en la actuación del ministerio público

fuerzan la observancia del principio de objetividad a partir de la defensa del interés público, teniendo en cuenta el interés público, por lo tanto “no iniciarán ni continuarán un procedimiento, o bien, harán todo lo posible por interrumpirlo, cuando una investigación imparcial demuestre que la acusación es infundada” (directriz 14).<sup>24</sup>

### 4. Conclusiones

Las y los fiscales deben llevar a cabo la investigación y persecución de los delitos de manera justa e imparcial; no se pretende que con su actuación se obtenga una sentencia condenatoria a cualquier precio.

Debido a las graves consecuencias que un proceso penal tiene para una persona, aún en caso de absolución, el fiscal debe actuar con equidad cuando decida emprender o no acciones judiciales.

Asimismo, retomando la octava del Informe sobre las Normas Europeas relativas a la Independencia Judicial —con especial referencia al Ministerio Público—, adoptado por la Comisión de Venecia en su 85ª reunión plenaria, se debe descartar que la persona titular de una institución de procuración de justicia rinda cuentas ante los poderes estatales en los casos individuales en que se emprendan, o no, acciones judiciales. De tal suerte que la decisión de emprender o no acciones judiciales debería incumbir únicamente al Ministerio Público y no al poder ejecutivo o al poder legislativo.

Con base en el ejercicio del poder punitivo del Estado —*ius puniendi*—, el diseño de las estrategias o medidas en materia de procuración de justicia le corresponde al órgano encargado de llevar a cabo la criminalización secundaria, las que de manera exclusiva incumbe implementar en las diversas etapas del procedimiento penal al Ministerio Público y por ningún motivo a los poderes ejecutivo, judicial y legislativo.

En la medida que se respete puntualmente el principio de la división de funciones o de competencias —propio de un Estado democrático de derecho—, así como los niveles más altos de integridad y de imparcialidad en la función ministerial, estamos seguros de que se garantizará una protección más efectiva de los derechos humanos.

A fin de evitar la constante erosión de la legitimidad de las instituciones que procuran justicia en la persecución de los delitos, es urgente delimitar a rajatabla la injerencia de los poderes políticos, ya que pueden actualizarse dos abusos latentes que conducen a la desnaturalización de la justicia y en consecuencia la instauración de Estados totalitarios:

El primero consiste en emprender acciones penales que no deberían emprenderse, ya sea porque no existen pruebas o porque un caso se basa en pruebas falsas o alteradas. El segundo, más insidioso, y probablemente más frecuente, se observa cuando el fiscal no emprende las acciones debidas. Este problema se asocia con frecuencia con la corrupción, pero también se observa cuando los gobiernos se comportan de manera criminal o están corruptos, o cuando la presión política obedece a la existencia de intereses poderosos.<sup>25</sup>

das sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189 (1990).

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, *Informe sobre las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial: Parte II-El Ministerio Público*, Estrasburgo, Comisión de Venecia, 2011, párrafo 21.



## Imputación jurídico-penal. Aspectos generales y particulares



Alexis Couto de Brito

Universidad Mackenzie, São Paulo, Brasil

**RESUMEN:** La teoría del delito avanzó significativamente después del trabajo de Claus Roxin con respecto a la imputación del resultado. Sometida a un desarrollo constante, la teoría de la imputación incluye también la imputación de la conducta como un importante momento normativo de análisis y atribución. El presente artículo, en evolución histórico-filosófica, busca presentar una concepción moderna de la teoría de la imputación de conducta y resultado, y una aproximación final de la misma teoría al derecho penal brasileño.

**PALABRAS CLAVE:** Imputación, conducta, resultado, ofensa, teoría del delito, función del derecho penal.

**ABSTRACT:** The theory of crime advanced significantly after the work of Claus Roxin regarding the imputation of the outcome. Subject to constant development, the theory of imputation also includes the imputation of conduct as an important normative moment of analysis and attribution. This article, in historical-philosophical evolution, seeks to present a modern conception of the theory of imputation of conduct and result, and a final approach of the same theory to Brazilian criminal law.

**KEYWORDS:** Imputation, conduct, result, offense, theory of crime, function of criminal law.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Fundamentos filosóficos y breve evolución histórica sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado. 2.1. La moderna teoría de la imputación objetiva. 3. Teoría del delito como teoría de la imputación. 4. Imputación y la Ley Penal brasileña. 5. Consideraciones finales. 6. Referencias.

Rec: 01-10-2023 | Fav: 04-11-2023

## 1. Introducción

En Brasil, todavía en tiempos actuales, gran parte de los autores adoptan el finalismo en el modelo elaborado por Hans WELZEL. Sin embargo, aunque el finalismo ha contribuido con importantes aportes a la teoría del delito, como una mayor atención al tipo subjetivo, una mejor configuración de la culpabilidad como reproche y, sobre todo, en la estructuración del error de tipo y de prohibición, tiene puntos débiles que, además de dificultar la resolución de los conflictos penales, a menudo significan condenas indebidas. La inconsistencia argumentativa sobre los delitos culposos y omisivos, la falta de desarrollo en la limitación de la relación de causalidad, el distanciamiento de las características normativas en la configuración social del injusto y, lo más complejo de todo, el intento de resolver los problemas jurídicos de las realidades ontológicas como la finalidad de la acción humana,<sup>1</sup> llevan a la práctica procesal a conclusiones impregnadas de subjetividad y convicción del juez que sentencia, lo cual debe ser rechazado por los modernos sistemas penales democráticos.

En este contexto, desde hace algunos años, he propuesto en suelo brasileño la adopción de una teoría del delito funcional, impregnada de una teoría del lenguaje, que aborde de manera más objetiva y clara la realidad social brasileña. En este sentido, el texto que sigue se propone abordar una breve (1) evolución filosófica e histórica necesaria sobre la teoría de la imputación objetiva, discutir el (2) rendimiento de una teoría del delito basada en una teoría de la imputación en lugar de la causalidad y, por último, analizar su pertinencia en nuestro (3) sistema jurídico-penal.

## 2. Fundamentos filosóficos y breve evolución histórica sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado

La teoría de la imputación objetiva ha sido desarrollada durante algunas décadas por la doctrina alemana, de tal manera que prácticamente todas las obras dogmáticas de la parte general hacen alguna referencia a ella.<sup>2</sup> Ante esta diversidad, se pretende un breve enfoque de los aspectos históricos y filosóficos.

El punto de partida ideal es la filosofía, más precisamente, los pensamientos de KANT y HEGEL, que son reunidos en una tesis jurídica a principios del siglo xx por KARL LARENZ.

Comencemos con KANT. La preocupación de la obra más famosa de KANT (*Crítica de la razón pura*)<sup>3</sup> era validar el conocimiento científico, es decir, explicar por qué el conocimiento científico podría considerarse universal. Para ello, necesitamos comprender el razonamiento de KANT sobre el acto de conocer. Para él, conocer es establecer relaciones entre las cosas, formular juicios. En el acto de conocer, podemos formular juicios de dos maneras. Una que simplemente analiza y describe el objeto, asociándolo con una característica genérica inherente, a lo que llamó juicio analítico. La otra que agrega algo al objeto observado, asociándolo con algo particular, a lo que llamó juicio sintético. Para ilustrarlo, decir que el círculo es redondo es un juicio analítico, ya que todo círculo es redondo; decir que el círculo es rojo es un juicio sintético, ya que solo el círculo observado tiene esa cualidad.

Para KANT, el verdadero conocimiento enriquecedor para la ciencia es aquel que agrega algo al objeto, es decir, un juicio sintético, siempre hecho a *posteriori*. Un conocimiento analítico que simplemente describe lo que ya está presente de antemano en el objeto es tautológico y en nada sería científico. Sin embargo, los juicios a *priori* son universales, válidos para todos los objetos (por ejemplo, todo círculo es redondo, siempre), y los juicios a *posteriori* son particulares (por ejemplo, solo el círculo analizado es rojo) y solo se adquieren a través de la experiencia. Si son particulares, no se afirma nada de manera universal.

Este es el dilema de KANT: ¿cómo validar la ciencia que al analizar objetos en particular pretende ofrecer conocimientos universales? ¿Cómo podría la ciencia proporcionar juicios sintéticos (derivados de la experiencia) a *priori* (universales)? En el ejemplo de MENDONÇA,<sup>4</sup> a partir de la experiencia, se puede calentar un objeto específico y llegar al juicio de que, a una cierta temperatura, el cuerpo se dilata. Pero la ciencia pretende afirmar que siempre que se repita la experiencia el mismo fenómeno ocurrirá, cuando en realidad solo podría afirmar esta

<sup>1</sup> Cf. Claus Roxin, “Reflexões sobre a construção do sistema jurídico-penal”, prólogo a la obra *Direito Penal Brasileiro*.

<sup>2</sup> Wolfgang Frisch, “Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre”, en *GA*

2003, p. 719.

<sup>3</sup> *Kritik der reinen Vernunft*, editada en 1781 y modificada por el autor en 1787.

<sup>4</sup> *Curso de Filosofia do Direito*, p. 174.

relación entre el objeto y el calor en las ocasiones en que efectivamente se haya realizado el experimento. Solo se podría afirmar una ley de la termodinámica si este juicio (o conocimiento) pudiera considerarse universal y necesario. Tomando conceptos de la lógica aristotélica, KANT afirma que cualquier persona puede asimilar sensorialmente los datos en un número limitado de formas, las categorías del pensamiento. Son estas formas las que modelan los datos de la receptividad y como todos piensan de la misma manera, esto es lo que confiere universalidad al conocimiento científico: los juicios sintéticos (que agregan algo, los verdaderamente científicos), aunque parten de la experiencia, adquieren su universalidad debido a la forma en que las personas relacionan los datos. Y dado que solo existen estas categorías de pensamiento que son las mismas para todas las personas, todos conocerán de la misma manera. En resumen, todo el conocimiento científico es universalmente válido porque está limitado a la forma subjetiva con la que modelamos los datos obtenidos por la experiencia. El objeto en sí no es posible conocerlo en su esencia, si es o no de esta manera en la realidad, ya que debe ser así, pues cualquier persona, al pensar de la misma manera, debe llegar a las mismas conclusiones. Con respecto a estas conclusiones de KANT, que no son el objeto de este trabajo, es suficiente recordar que han sido ampliamente criticadas y descalificadas, como lo demuestra la historia de la filosofía.

En su segunda obra, la *Crítica de la razón práctica*, KANT reconoce que el ser humano no es solamente conocimiento, sino también voluntad. Y en HEGEL esta voluntad es una parte fundamental de la acción humana.

Según HEGEL, cuando actuamos, siempre lo hacemos con base en nuestra voluntad, es decir, la acción es la materialización de nuestra voluntad. Si no hay voluntad libre, no actuamos. Esta voluntad genera cursos causales, algunos dirigidos por nosotros y otros no. No todo curso causal, y su consecuente resultado, iniciado por una acción voluntaria, puede ser expresión de nuestra voluntad libre. Si una acción es expresión de nuestra voluntad dirigiendo un curso causal, se puede decir que todo este contexto (movimiento, causa y resultado) conforma un proyecto, una obra nuestra. A través de sus actos libres, el ser humano se exterioriza. Sus acciones son, en realidad, la revelación de su personalidad, de su identidad.

Este análisis solo puede realizarse después de la aparición de los cursos causales y los resultados. Significa un retorno al sujeto, analizando su manifestación de voluntad para atribuirle el curso causal o incluso el resultado. Es el camino de regreso al sujeto, el camino de vuelta para evaluar si se le puede atribuir el curso causal o el resultado. En resumen, si el resultado puede atribuirse a la voluntad libre del sujeto, es obra suya. Si no, es un accidente, una casualidad.

La voluntad domina el hecho, gracias a su capacidad para establecer objetivos y dirigir el proceso causal hacia ese objetivo determinado; la voluntad domina los acontecimientos de la naturaleza y los convierte en sus propios hechos. El hecho se presenta como una totalidad teleológica, es decir, como una relación de causas y efectos que es transformada por la voluntad al dirigirla hacia un propósito. La imputación, como un juicio sobre el hecho, no es, por lo tanto, un juicio causal, sino teleológico.

Este aporte filosófico termina por ser la base de las teorías de la imputación. En el campo jurídico moderno, la obra que se puede considerar como la primera en utilizar de manera sustancial el concepto de imputación fue elaborada por KARL LARENZ y se titula *Teoría de la imputación de Hegel y el concepto de imputación objetiva*.

La preocupación de LARENZ es demostrar en el derecho, al igual que HEGEL en la filosofía, qué puede considerarse un acto propio de alguien y qué puede considerarse un accidente.<sup>5</sup> Para LARENZ, el criterio de causalidad no es suficiente para determinar si un resultado particular puede atribuirse al sujeto. Además de la voluntad, que ya fue evidenciada por HEGEL, también el conocimiento puede atribuirse a la culpabilidad de alguien. Por lo tanto, se puede atribuir al sujeto lo que era posible que conociera.<sup>6</sup> Debe incluirse la voluntad que posee todo ser racional y que permite dirigir un curso causal hacia la consecución de ciertos propósitos, así como todo lo que era posible conocer y que influiría en la voluntad.

Aparentemente, LARENZ fusiona a KANT con HEGEL, ya que considera que toda persona, al actuar con un propósito o voluntad, debería actuar de la misma manera, o al menos tiene la capacidad de hacerlo. La imputación se convierte en algo objeti-

<sup>5</sup> *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der juristischen Kausalität*, p. 60-61.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 53.

## Imputación jurídico-penal. Aspectos generales y particulares

vamente comprobable, no como lo que una persona conocía y deseaba en ese momento, sino todo lo que podría ser conocido y deseado por la voluntad de una persona, es decir, previsible y controlable, tomando como referencia un criterio general del hombre prudente e inteligente, ya que esto es algo objetivamente comprobable en una persona. De ahí la objetividad de la imputación: es posible atribuir objetivamente a una persona no solo lo que conocía y deseaba, sino lo que era objetivamente posible incluir en la direccionalidad (finalidad) de su conducta.<sup>7</sup> Es decir, todo aquello que era previsible de manera objetiva, sin importar si fue o no previsto debido a las limitaciones de quien actúa. Lo que importa no es el autor concreto (individuo), sino la persona (racional). Las consecuencias objetivamente previsibles pueden ser atribuibles, es decir, imputables, a las personas.

En el derecho penal de entonces, extremadamente dependiente de la relación de causalidad comprobada positivamente para la determinación de la responsabilidad penal, la causalidad obviamente demostraba ser insuficiente para esta tarea esencialmente normativa. En esta búsqueda de una teoría más adecuada, es RICHARD HONIG, en su artículo “Causalidad e imputación objetiva”, quien lleva la idea de LARENZ al derecho penal. Su problema es el curso causal natural, que no tiene un desarrollo suficiente para las necesidades teóricas del derecho penal. El curso causal naturalista no resuelve todas las cuestiones, y es necesario un curso axiológico, valorativo, teleológico para atribuir un resultado a alguien.

En ese momento, lo que más se acercaba a una teoría de la imputación era la “teoría de la adecuación”, que requería la previsibilidad del curso causal. Según la formulación de KRIES, para que la acción pueda considerarse causal, se exige que el acontecimiento del resultado producido por el autor, en desarrollo de su acción, pueda considerarse probable. La condición debe ser adecuada al resultado, entendiendo por adecuadas aquellas condiciones que típicamente son idóneas para producirlo.

En la construcción de HONIG, se puede atribuir, o imputar, un resultado a alguien si ese resultado era objetivamente dirigible por la voluntad, lo que incluye los previsibles. Solo los resultados imprevisibles no se imputan. Esto representa una preocupación por la imputación en un momento aún no jurídico.

La imputación objetiva tiene como función aclarar el significado jurídico de una relación de causalidad que ya existe. Esta relación de causalidad es importante para el derecho penal solo cuando está dirigida por la voluntad humana. Solo estará bajo el dominio de la voluntad humana cuando esta pueda prever y dirigir (lograr o evitar) el curso de un resultado.

Por lo tanto, solo son imputables los resultados que parecían previsibles y dirigibles, es decir, guiados finalmente por la voluntad. En la teoría de HONIG, solo la imputación objetiva del resultado permite establecer una acción (típica) del resultado, en vista de la previsibilidad y alcanzabilidad, y establecer una omisión (típica) del resultado, en vista de la previsibilidad y evitabilidad. La imputación objetiva del resultado es, por lo tanto, un requisito previo para la tipicidad del comportamiento. Con esto, se logra imputar un resultado, pero esto aún no indica la relación psicológica del sujeto con ese resultado. Por eso es una imputación objetiva.

### 2.1 La moderna teoría de la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva, inspirada en el pensamiento filosófico de HEGEL sobre cómo atribuir una “causalidad” a alguien como su obra, y que tuvo su origen en LARENZ y HONIG,<sup>8</sup> en su estado actual, tiene poco que ver con los textos de estos autores.<sup>9</sup> La doctrina predominante ya no la considera

<sup>8</sup> Richard Honig, “Kausalität und objektive Zurechnung”, en *FG für Frank*, p. 184: “imputable es, por tanto, aquel resultado que puede considerarse determinado dolosamente” [traducción libre].

<sup>9</sup> En este sentido, Wolfgang Frisch, “Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre”, en *GA 2003*, p. 721-722; Elena Larrauri, “Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva”, en *ADPCP XLI*, p. 733 y ss; Yesid Reyes Alvarado, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en *ADPCP XLV*, p. 933; Angel Torío López, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, en *ADPCP XXXIX*, p. 36-37; Manuel Cancio Meliá, “Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva”, p. 37 y ss. En Brasil, André Luís Callegari e Manuel Cancio Meliá, “Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal”, en *RT 831*, p. 466. Es importante destacar la reflexión de Maiwald sobre la capacidad actual de la tesis inicial de Honig para cumplir con el concepto de imputación objetiva, como no sólo una relación causal entre conducta y resultado, sino el significado de esta relación causal medida por los criterios dados por el propio ordenamiento jurídico. Manfred Maiwald, “Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung”, en *FS für Myazawa*, p. 471. Aquí está el texto de Honig: “La cuestión de la causalidad es decisiva para determinar que la conducta, así como cualquier otra condición, era un requisito previo necesario para que se produjera el resultado. Pero con esta sentencia sobre la relación fáctica entre conducta y resul-

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 75.

un objeto sujeto a los criterios de la orden jurídica, sino más bien como un punto de vista valorativo<sup>10</sup> en sí mismo. Sin temor a equivocarse, se puede configurarla como un método típico en la ciencia del derecho penal.

En la modernidad, se debe principalmente a ROXIN —pero no solo a él— la reanudación del desarrollo de la teoría, que en sus primeros pasos pudo estar mucho más relacionada con una corrección de la relación de causalidad y las deficiencias de la teoría de la *conditio sine qua non*, y la insuficiencia del elemento subjetivo para resolver, con claridad y precisión, problemas de imputación.<sup>11</sup> Las teorías no resolvían de manera satisfactoria la producción del resultado en cursos anormales o extraordinarios, como los irregulares (por ejemplo, la muerte en un incendio de un hospital), acumulativos (por ejemplo, la suma de venenos sin colusión), no verificables (por ejemplo, sustancias que no pueden ser identificadas) e hipotéticos (por ejemplo, una víctima herida de muerte que, antes de morir, es atropellada por un tercero).

Debido a los problemas de la relación de causalidad es que ROXIN desarrolla la imputación objetiva del resultado, y destaca la importancia de la teoría en los delitos que tienen un resultado naturalístico destacado en su momento de la conducta. En los delitos de mera actividad (*Tätigkeitsdelikten*), ROXIN entiende que la imputación al tipo objetivo se agota con la subsumición en los elementos del tipo.<sup>12</sup>

La intensa discusión sobre los diferentes conceptos causales y sobre el propio concepto de acción hasta la década de 1970 demostró que ciertos problemas no podían resolverse satisfactoriamente únicamente con una orientación naturalista o simplemente con la ayuda de conceptos descriptivos, ya que las decisiones reales y sus criterios directivos son mucho más de naturaleza normativa. La principal discusión, que se centraba en el concepto final de acción, según ROXIN, presentaba problemas insolubles. Con la llegada

del finalismo, los problemas que la relación causal y otras teorías no podían resolver se explicaban por la falta de dolo. En el ejemplo del tío enviado al bosque durante una tormenta, WELZEL justificaba que había deseo, esperanza, pero no voluntad en el sentido de poder influir en el resultado. Para ROXIN, esto no es cierto, ya que, según la teoría final de la acción, existe una correspondencia entre la acción y el resultado, y la adopción de los medios adecuados para lograrlo.

A partir de la teoría de la adecuación (que justificaba la responsabilidad solo en las causas que tienen una tendencia general a producir tal resultado), ROXIN se preocupa por los casos en los que, aunque se pueda indicar una relación causal adecuada, aun así se deba negar posteriormente la imputación (por ejemplo, el caso del tío).

Para abordar esto, asocia los institutos del derecho penal no a concepciones filosóficas (como la acción ontológica, por ejemplo), sino a la función del sistema y a la política criminal. Cuando se considera que la tarea constitucional del derecho penal es controlar el poder punitivo del Estado a través de la protección subsidiaria de los bienes jurídicos y se pregunta cómo el sistema legal puede garantizar esta protección, solo se puede dar una respuesta: se debe prohibir la creación de riesgos no permitidos para los bienes jurídicos protegidos penalmente y atribuir la realización de tales riesgos a un resultado lesivo a los autores como una acción típica prohibida. El elemento objetivo principal es la creación de un riesgo prohibido que se ajuste al tipo de producción de resultado que la norma penal en cuestión pretende evitar (el alcance del tipo penal).

Para HONIG, la cuestión residía exclusivamente en delimitar los cursos causales que no desempeñan ningún papel en el derecho. Para ROXIN, se trata de identificar, dentro de estos cursos causales delimitados, cuáles son injustos penales y cuáles no, independientemente de las posibles causas de justificación. La teoría de la imputación objetiva se convirtió en una teoría sobre el injusto de los resultados producidos.

Así, no se satisface un primer nivel de imputación en ausencia de la creación de un riesgo prohibido relevante o en la creación de un riesgo permitido (tráfico de vehículos, operación de energía nuclear, práctica deportiva, extracción ambiental autorizada, intervenciones médicas). No está prohibido el riesgo que dis-

tado, no es todavía decisivo si esta relación es significativa para el ordenamiento jurídico, si cumple las exigencias del ordenamiento jurídico". Richard Honig, "Kausalität und objektive Zurechnung", en *FG für Frank*, p. 178-179 [traducción libre].

<sup>10</sup> Manfred Maiwald, "Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung", en *FS für Myiazawa*, p. 474.

<sup>11</sup> Con muchos ejemplos, Claus Roxin, *Strafrecht AT I*, p. 359-366. El mismo autor, en forma resumida, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 102-103.

<sup>12</sup> Claus Roxin, *Strafrecht AT I*, p. 349.

## Imputación jurídico-penal. Aspectos generales y particulares

minuye el peligro para el bien jurídico (un vaso que se desvía de la cabeza al brazo) ni el irrelevante para el resultado (un vaso de agua en una represa que se romperá). Los cursos causales hipotéticos que, por regla general, no excluyen la imputación (por ejemplo, un fusilamiento) pueden ser observados cuando el hipotético es absolutamente inútil desde el punto de vista de la política criminal: en este último caso, se puede decir que no hubo un incremento relevante del riesgo ya existente.

En un segundo nivel, incluso si existe un riesgo prohibido relevante, no se imputa el resultado si este no es la realización del riesgo exacto. Por lo tanto, no se imputa un resultado inesperado como consecuencia de un riesgo inicialmente prohibido creado (por ejemplo, la muerte en un hospital debido a un incendio), sino, al contrario, se imputa el desvío del curso causal en casos comúnmente tratados como dolo general (por ejemplo, la muerte debido a una infección de la lesión).

Por último, ROXIN delimita el alcance del tipo penal: auto y heteropuesta de la víctima en riesgo (una víctima que decide participar en una carrera no autorizada y una víctima que autoriza a un taxista a conducir a alta velocidad) y ámbito ajeno de evitación del resultado (una orden dada por un oficial de policía para que alguien conduzca sin señalización luminosa).

Esta concepción de la imputación objetiva del resultado, que ROXIN empieza a desarrollar en la década de 1960, se presentó por primera vez en su obra *Política criminal y sistema jurídico penal*, y continuó madurando, no solo por su propia mano, sino también por discípulos, simpatizantes y críticos. Muchos autores comenzaron a desarrollar la teoría más allá de los delitos materiales o de resultado.

A partir de esta observación, se incrementó la disposición para admitir criterios altamente normativos y, con ello, resolver de manera más clara ciertos problemas de responsabilidad penal. Además, la aceptación de la teoría de la imputación objetiva del resultado revivió la idea y el concepto de imputación en el derecho penal, especialmente en la interpretación del tipo en cuanto a cómo se puede imputar a una persona bajo diferentes aspectos, teniendo en cuenta los hechos responsables.<sup>13</sup>

Inicialmente, es importante diferenciar los planos naturalista y valorativo (normativo), sin desprestigiar la importancia de estos dos ámbitos.<sup>14</sup> La relación de causalidad en los delitos de resultado no debe ser pasada por alto, pero no es suficiente para imputar el resultado a su autor; es solo “el primer paso” que, una vez demostrado, permitirá el juicio normativo de la imputación objetiva.<sup>15</sup> A través de las teorías causales, no se pueden determinar qué actividades deben considerarse típicas, lo que conduce a la necesidad de que este juicio sea normativo.<sup>16</sup> Para la doctrina penal actual, a excepción de la finalista, no interesa un concepto de acción *a priori*, sino la acción típica, es decir, la acción seleccionada por el legislador entre las conductas de la realidad.<sup>17</sup>

La teoría de la imputación objetiva aparece inicialmente como una “noción supracausal”, es decir, teleológica, en la cual la relación medio-fin entre la acción y las consecuencias reemplaza la de causa-efecto, ya que parte de una comprensión de la realidad de si cierta acción puede identificarse objetivamente como un medio para transformar esta misma realidad. El comportamiento deja de ser visto como un suceso para ser entendido como un proyecto, lo que significa, en otras palabras, que el enfoque retrospectivo inherente al conocimiento causal es reemplazado por la

en *FS für Claus Roxin*, p. 217.

<sup>14</sup> “La normatividad no tiene sentido sin un mundo natural que lo gobierne, es decir, una superestructura normativa presupone la existencia de una infraestructura natural”. Yesid Reyes Alvarado, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en ADPCP XLV, p. 945 [traducción libre]. En el mismo sentido, Fábio Roberto D’Ávila, *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*, p. 37.

<sup>15</sup> Harro Otto, “Kausaldiagnose und Erfolgsszurechnung im Strafrecht”, en *FS für Maurach*, p. 92 y reafirmando que la *conditio sine qua non* no puede ser motivo de imputación en “Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten”, en *NJW 1980*, p. 421. También Paz Mercedes de La Cuesta Aguado, *Tipicidad e imputación objetiva*, p. 125.

<sup>16</sup> En este sentido, João Paulo Orsini Martinelli, “A teoria da imputação objetiva e o código Penal brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas?”, en *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*, p. 226. Ainda Elena Larrauri: “Por lo tanto, una teoría causal que utilice criterios evaluativos dejaría de serlo”. “Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva”, en ADPCP XLI, p. 717 [traducción libre].

<sup>17</sup> Paz Mercedes de La Cuesta Aguado, *Tipicidad e imputación objetiva*, p. 106. Anteriormente, ya Honig afirmó que solo las acciones humanas son de interés para el derecho penal y, por lo tanto, son los únicos elementos del juicio de imputación. Richard Honig, “Kausalität und objektive Zurechnung”, en *FG für Frank*, p. 182.

<sup>13</sup> Wolfgang Frisch, “Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs”,

consideración prospectiva del comportamiento.<sup>18</sup> Se trata de separar lo “injusto” de lo “azar”.<sup>19</sup>

Muchos autores, principalmente los de formación finalista, desconfían de la solidez dogmática o teórica de la imputación objetiva e incluso cuestionan su utilidad en los delitos dolosos.<sup>20</sup> Sostienen que el dolo, como representación y voluntad, es suficiente para determinar el curso causal. Por esta razón, la aceptación de la teoría en relación con los delitos culposos ha sido y sigue siendo más fácil, debido al alto grado de desarrollo normativo de los conceptos relacionados con esta estructura del delito. Es común que se limite el alcance de la teoría a estos tipos de delitos, lo cual carece de fundamento cuando se considera que los delitos dolosos también requieren conceptos normativos, y que la aceptación de la teoría con relación a estos delitos puede proporcionar mayor claridad y seguridad jurídica a la teoría del delito.<sup>21</sup> Además, en qué medida una conducta crea un peligro para el

bien jurídico protegido depende únicamente de las circunstancias objetivamente presentes y del proceso causal objetivamente proporcionado por el autor, y no de su dolo.<sup>22</sup> Un autor de un delito podría iniciar intencionalmente el curso causal y, aun así, ser excluido por la teoría de la imputación objetiva. En el ejemplo de FRISCH, el sujeto podría tener la representación de que un curso causal es improbable pero aun así creer que se realizará, como en los casos en los que alguien entrega drogas a una víctima autorresponsable previendo el peligro de una sobredosis letal y aprobando su muerte. En otro ejemplo, alguien que desea matar a su enemigo con un disparo de arma de fuego podría incluso tener la representación de que la víctima moriría en un accidente de ambulancia a camino del hospital.<sup>23</sup> En ambos casos, ni siquiera los críticos más severos de la teoría de la imputación objetiva desearían castigar al autor por un delito doloso consumado, lo que indica la necesidad de criterios objetivos para resolver el asunto.

Por lo tanto, se criminaliza la posibilidad de que el aspecto externo de la conducta sea perturbador *per se* (es decir, *ex ante*), no por su contexto interno (del autor en el caso concreto). La prohibición de portar armas de fuego puede fundamentarse en el peligro general de portar armas en un entorno concurrido de personas, incluso si el sujeto armado lo hace con las mejores intenciones, ya que existe la probabilidad de que la ocurrencia de un accidente ocasione daño a alguien debido a la intervención delictiva de terceros. En otro ejemplo, la falsificación de documentos o moneda solo puede ser castigada si es peligrosa sin considerar la intención de uso del autor. No se puede definir como peligroso un comportamiento interno como si fuera una conducta externa, ya que dicho comportamiento no se desprivatiza debido a su peligrosidad general, sino por el contexto en el que se encuentra la planificación.<sup>24</sup> Es evidente que el aspecto subjetivo es relevante desde el punto de vista naturalista, ya que siempre proviene de un ser humano, incluso en el contexto del reproche de la conducta, pero construir la teoría del injusto a partir de la subjetividad del au-

<sup>18</sup> Angel Torío López, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, en ADPCP XXXIX, p. 37.

<sup>19</sup> Udo Ebert, “Kausalität und objektive Zurechnung”, en *Jura* 1979, p. 562.

<sup>20</sup> Como principales críticos de la teoría de la imputación objetiva: Eberhard Struense, “Acerca de la legitimación de la ‘imputación objetiva’ como categoría complementaria del tipo objetivo”, in: *Temas sobre teoría del delito*, p. 15 y ss.; Arthur Kaufmann, “Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie”, en *Fs für Jescheck*, p. 273 y ss.; Armin Kaufmann, “Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?”, en *Fs für Jescheck*, p. 251 y ss. Resumiendo las posturas y negando los “aplausos” (*Beifall*) a las críticas, Wolfgang Frisch, “Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre”, en *GA* 2003, p. 731-733. En español, Juan Bustos Ramires, *Imputación objetiva*, p. 15-17. En la doctrina italiana, por todos, Giorgio Licci, *Teorie causali e rapporto de imputazione*, p. 18-27, que da cuenta de la falta de aceptación y observación cuidadosa por parte de los italianos sobre varios puntos poco homogéneos y una formulación poco convincente. Críticas negativas en Brasil, especialmente en Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, p. 340-345, y con Érika Mendes de Carvalho en *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*, pp. 58-62, 102-108 y 134 y ss, y en “A imputação objetiva no Direito Penal Brasileiro”, en *Ciências Penais* 3, p. 95 y ss.; Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, p. 251-253; Aparentemente inconsciente de los supuestos teóricos, Fernando de Almeida Pedroso, “Nexo causal, imputação objetiva e tipicidade conglobante”, en *RT* 462, p. 462 y ss. Mediante argumentos positivistas, comparando los principios con el texto legal, Antonio Carlos Santoro Filho, *Teoria da imputação objetiva: apontamentos críticos à luz do direito positivo brasileiro, passim* y especialmente p. 105.

<sup>21</sup> En esta línea, Triffterer, quien reconoce que el desarrollo teórico en los delitos culposos es mucho mayor que el de los delitos dolosos, y que si la teoría y la práctica, la doctrina y la jurisprudencia, unifican sus posiciones en torno a los conceptos de imputación objetiva, las ganancias serán sensatas. Otto Triffterer, “Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung”, en *Fs für Ulrich Klug*, p. 421.

<sup>22</sup> Hans-Joachim Rudolph, “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, en *Fs für Maurach*, p. 68.

<sup>23</sup> Wolfgang Frisch, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, p. 52. Cabe aclarar que para Frisch y para una parte importante de la doctrina alemana, la teoría de la intención como representación es la más aceptada.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 772-773.

## Imputación jurídico-penal. Aspectos generales y particulares

tor, como lo hace el modelo finalista de WELZEL, es “ignorar que el derecho se ocupa solo de los seres humanos en la medida en que conforman una comunidad social para cuya organización surgió como garantía de una convivencia pacífica y armoniosa”.<sup>25</sup>

Los trabajos de ROXIN impulsaron a los autores modernos que, más allá del nexo de causalidad, formularon teorías del delito centradas absolutamente en la imputación objetiva, tanto del resultado como de la conducta en sí misma.<sup>26</sup> A partir del criterio de imputación objetiva del resultado, los desarrollos teóricos, aunque se centren en este ámbito, trascienden el resultado y analizan la prohibición o antijuridicidad material de la conducta en sí misma, y se sistematizan como una teoría del delito basada en fundamentos funcionalistas. La imputación va más allá de la exclusión de la tipicidad del resultado para asumir un carácter global en el análisis de los hechos relevantes para el derecho penal en una situación determinada de comunicación.<sup>27</sup> El análisis del hecho se basa entonces en una teoría de la imputación funcional, tanto del riesgo creado (objetiva y subjetivamente) como del resultado producido y de su autoría.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Yesid Reyes Alvarado, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en ADPCP XLV, p. 954-955.

<sup>26</sup> Existe una variación entre los autores en cuanto a la denominación única o separada de los principios de imputación, como se discutirá. Algunos autores separan la conducta típica y la imputación objetiva del resultado, como es el caso de Frisch, Corcoy Bidasolo y Luzón Peña; otros sólo hablan de imputación objetiva, como Roxin, Jakobs, Martínez Escamilla y Cancio Meliá.

<sup>27</sup> Antonio Luís Chaves Camargo, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 109.

<sup>28</sup> Especialmente en Frisch, *Vorsatz y Risiko*, de una teoría de la imputación que trabaja con dos niveles dentro de la teoría de las normas: las normas de conducta y las normas de sanción. En este modelo, se descarta la tradicional tripartición de la teoría en tipicidad, ilegalidad y culpabilidad. Basta con señalar —ya que no es el objeto de este artículo— que la colocación de la desvalorización del resultado como fundamento de la regla de prohibición y no de la regla de sanción, a mi juicio, no parece tan clara y adecuada. La propia norma de comportamiento que se pretende evitar presupone la evitación o no de un resultado jurídico, y me parece que ya en este contexto la ocurrencia o no ocurrencia del resultado específico constituye la motivación de la conducta y, por tanto, de la prohibición. La previsibilidad de este resultado, que puede o no producirse, de un modo u otro, me parece que contribuye a la definición de la norma de conducta y, por tanto, puede o no constituir materialmente un criterio de apreciación de la norma de prohibición. Esto significa que el hecho de que haya o no un merecido —y no sólo una necesidad— de castigo dependerá en parte de si hubo o no un resultado. En este sentido, *Imputação Objetiva, crimes de perigo e Direito Penal Brasileiro*, trabajo en el que sostengo que la observancia de la regla de prohibición también debe ser considerada *ex post* a los efectos de atender las motivaciones político-penales del derecho penal.

Bajo esta consideración, en mi opinión, las razones para una comprensión normativa del tipo no se limitan únicamente a los delitos de resultado. Por lo tanto, la teoría de la imputación puede asociarse a tres aplicaciones: (1) la determinación de la tipicidad de la conducta, (2) los problemas específicos de la conexión entre esta conducta y el resultado, (3) y la coautoría o participación en el injusto. En resumen, se trata de atribuir a alguien un cierto comportamiento como algo típico; cierto resultado como un resultado típico; y luego atribuir u omitir esta obra a otra(s) persona(s) específica(s). Por ejemplo, en lugar de demostrar si alguien causó una muerte, es más relevante preguntar si este resultado puede ser imputado a alguien como un tipo de homicidio. Es evidente que, en ciertos delitos unipersonales cometidos a través de riesgos y cursos causales normales, el rendimiento de la teoría puede no parecer tan interesante. Un homicidio cometido por una sola persona con algunas puñaladas después de una discusión no parece plantear problemas graves de imputación. Sin embargo, durante mucho tiempo, el escenario penal ha estado lleno de delitos supraindividuales y cursos causales anormales, con actuaciones de varios participantes en ámbitos de riesgo cuya permisión y prohibición se definen a través de matices relacionados con reglas civiles o administrativas que no siempre son muy claras. La imputación objetiva es un elemento del sistema penal, un “requisito general interno” que en otra época fue llamado por TORÍO LÓPEZ un principio metódico superior, que se extiende a todos y cada uno de los campos del sistema,<sup>29</sup> ya sea como determinación de la conducta típica o como conexión normativa entre la conducta y el resultado típicos.

### 3. Teoría del delito como teoría de la imputación

La imputación objetiva dirigida a la conducta típica permite desconectar los criterios de esta teoría de un curso causal ofensivo y permite vincularla a otras consideraciones distintas, convirtiéndola en una teoría general de la conducta típica, en la que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante.<sup>30</sup> Es cada

<sup>29</sup> Angel Torío López, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, en ADPCP XXXIX, p. 43.

<sup>30</sup> Wolfgang Frisch, “Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre”, en *GA 2003*, p. 742: “No es simplemente una agresión imputable al bien o una exposición al peligro; es mucho más la violación jurídica co-

vez más común la comprensión de que la teoría de la imputación objetiva debe extenderse más allá del ámbito de la imputación de resultados materiales.<sup>31</sup> Con la teoría de la imputación de la conducta, se busca en un primer momento delimitar las fronteras entre las acciones prohibidas y permitidas. Si no hay creación de un peligro desaprobado ligado a una conducta, lo que falta es realmente una conducta prohibida.<sup>32</sup> Del mismo modo, la producción de un resultado posterior no puede convertir en típica la conducta previamente atípica.<sup>33</sup> Una teoría de imputación de este tipo minimiza la desvalorización del resultado como criterio de imputación al centrarse en la creación de un riesgo no permitido.<sup>34</sup> Es por eso que SANCINETTI observa que si la teoría de la imputación objetiva permaneciera fiel a su centro de gravedad (el objeto de la prohibición es la creación de un riesgo no permitido), debería ser francamente “antiresultadista”,<sup>35</sup> y MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ excluyen el resultado del ámbito de la antijuridicidad.<sup>36</sup>

Por lo tanto, es mucho más apropiado decir, como lo hace HORMAZÁBAL MALARÉE, que más allá de la acción existe un proceso comunicativo o de vinculación recíproca con otro, que en algunos casos debe llevarse a cabo bajo ciertas y determinadas condiciones objetivas y subjetivas establecidas con requisitos por el legislador del tipo. Así, es más apropiado señalar que, desde un punto de vista valorativo, el tipo puede contener no solo una desvaloración de la acción, sino un proceso complejo de vinculaciones sociales que no solo condicionan la tipicidad, sino que también la modifican, aumentando o disminuyen-

do el desvalor y, en consecuencia, la pena.<sup>37</sup> Por lo tanto, se prevén resultados naturales o jurídicos que deben estar presentes. Incluso en un tipo considerado de peligro, el resultado es el que debe estar presente, aunque no se indique en la construcción típica (lo que a menudo se llama delito de peligro abstracto, una clasificación que refuto enérgicamente).<sup>38</sup> Cuando se hace referencia a una imputación del resultado, se genera o alimenta la controversia sobre el desvalor que guía el derecho penal, ya sea de la acción o del resultado. Más allá del finalismo, no se puede hacer referencia solo a un resultado, sino a toda acción como la obra de una persona en particular,<sup>39</sup> lo que implica aplicar la imputación objetiva a todos los tipos de la parte especial, tanto a los delitos de resultado como a los delitos de peligro.<sup>40</sup>

JAKOBS y FRISCH propusieron orientar la teoría de la imputación objetiva como una revisión de la teoría del tipo objetivo, pasando de la imputación del resultado a la imputación de la conducta como elemento anterior. Se trata de definir la conducta típica más allá de los elementos fáctico-naturales y de los accidentes particulares de la infracción, es decir, definir normativamente la conducta como algo con significado (objetivo) típico.<sup>41</sup>

En este sentido, una teoría de la imputación que coloca como cuestión fundamental la relevancia jurídica del riesgo creado por el autor tiene una dimensión completamente diferente: bajo los *topoi* de la ausencia o creación no aprobada del riesgo y la finalidad de protección (limitada) del tipo, se comprenden todos los aspectos materiales —más allá de la acción y previo a la justificación excepcional— que pueden jugar a favor o en contra de la relevancia típica de ciertos cursos causales. Este amplio campo de apli-

nectada al delito, que revela, ante todo, un abandono o disminución del orden jurídico” [traducción libre].

<sup>31</sup> Manuel Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, p. 64; Ángel Torío López, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, en *ADPCP XXXIX*, p. 35; Yesid Reyes Alvarado, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, en *ADPCP XLV*, p. 956. No Brasil, com precisão dogmática, Renato de Mello Jorge Silveira, *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, p. 135 y 138.

<sup>32</sup> Wolfgang Frisch, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, in: *Sobre el estado de la teoría del delito*, p. 59.

<sup>33</sup> Marcelo Sancinetti, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, p. 115.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>35</sup> Marcelo Sancinetti, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, p. 119.

<sup>36</sup> Santiago Mir Puig, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, en *ADPCP 1988*, a la que se adhiere Jesús-María Silva Sánchez en *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 629. Sin embargo, esta es una posición que no asumo.

<sup>37</sup> Hernán Hormazábal Malarée, “Imputación Objetiva y principio de lesividad”, in: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, p. 414 [destacado en el original].

<sup>38</sup> En *Imputação Objetiva, crimes de perigo e Direito Penal Brasileiro*.

<sup>39</sup> Yesid Reyes Alvarado, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, in: *ADPCP XLV*, p. 959. La crítica se formula especialmente por los orígenes de la imputación objetiva atribuida a Hegel, quien buscó un instrumento para determinar cuándo una conducta podía ser considerada como obra de alguien.

<sup>40</sup> Yesid Reyes Alvarado, “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”, in: *ADPCP XLV*, p. 967.

<sup>41</sup> Manuel Cancio Meliá, “Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva”, in: *La imputación normativa del resultado a la conducta*, p. 21. En el mismo sentido, André Luís Callegari e Manuel Cancio Meliá, “Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal”, in: *RT 831*, p. 468.

## Imputación jurídico-penal. Aspectos generales y particulares

cación implica, a su vez, una mayor extensión de los tipos que se excluyen. Es fácil comprender que una teoría de la imputación tan amplia atraiga mucha más atención que una teoría de la imputación que pareciera introducir correcciones marginales.<sup>42</sup>

En este campo de actuación de la conducta típica, no se puede pasar por alto el hecho de que la conducta humana es lo más imprevisible que tiene la teoría del delito, además de que casi toda acción (conducta) puede comportar la presencia o producción de condiciones capaces de ofender o lesionar un bien de acuerdo con la teoría del bien jurídico. Sin embargo, esta capacidad infinita no puede ser suficiente para desaprobar una conducta, ya que, de lo contrario, las restricciones a la libertad alcanzarían una magnitud que ignoraría el interés de los individuos o incluso el interés social de la autodeterminación.<sup>43</sup>

Como posición estándar, no habrá ninguna razón para limitar la libertad debido a la mera posibilidad de producir un resultado cuando aún sea posible, según la experiencia, reaccionar posteriormente evitando eficazmente la producción de la consecuencia. Pero incluso cuando no sea este el caso, en numerosas ocasiones se debe rechazar la desaprobación penal en relación con posibles consecuencias negativas.

Esto sucede, por ejemplo, en una orientación legislativa en la que se tratan cursos causales altamente improbables, en relación con los cuales, en caso de prohibición de la conducta que posiblemente los desencadenaría, solo se estarían evitando otros riesgos menores no significativos. En cuanto a estos riesgos teóricos, nadie renuncia racionalmente a las actividades que implican su producción, sino que todos cuentan con ellos como riesgos generales de la vida cotidiana. La desaprobación solo se espera normalmente cuando se identifican indicios sobre la posibilidad de tales cursos o se trata de posibilidades basadas en la experiencia sobre cuya base se podría orientar racionalmente la propia conducta para evitar el daño.<sup>44</sup> Y en cada caso concreto no se puede renunciar al hecho de que la conducta que conduce al resultado típico

debe presentarse como la creación de un riesgo desaprobado.<sup>45</sup>

El mero inicio de cursos causales improbables y absolutamente ajenos no solo no debe ser prohibido por el legislador, si no se quiere sofocar la acción humana en su génesis, sino que tampoco debe ser valorado como comportamiento ilícito.<sup>46</sup> Se imputa no solo un resultado fáctico, sino el resultado de una valoración de algo como típico.

Por lo tanto, lo importante es definir la conducta del caso concreto como aquella que cumple con los criterios de desvaloración típica. Una vez que esto se haya establecido, el resultado vinculado a una conducta típica también podría ser un resultado injusto. Así que lo crucial es aclarar si el resultado es una manifestación de esa conducta típica previamente definida o, por el contrario, es de otra conducta, que a su vez podría ser típica o estar permitida (como en los tipos de relevancia de la conducta de la propia víctima autoresponsable) o bien de un riesgo general de la vida o aún permitido, vinculado a la conducta típica en análisis en el caso concreto.<sup>47</sup> Los riesgos asumidos por el grupo o permitidos por el ordenamiento jurídico no permiten imputar algo como ilícito. Quien, como consecuencia de riesgos tolerados, ve posible o incluso perseguible la producción del resultado, no puede ser castigado, ni siquiera por tentativa. No se puede considerar ilícita la creación consciente de riesgos tolerados, incluso si han sido fruto de los peores propósitos.

A partir de la comprensión de la teoría de la imputación objetiva no solo como la imputación del resultado, sino también como una fase anterior y distinta —la imputación de la conducta típica— se revisita la teoría del tipo objetivo. Permite que se defina normativamente lo que es una conducta con significado típico objetivo más allá de los elementos fáctico-naturales. La teoría de la imputación objetiva no es simplemente un procedimiento de interpretación de los tipos penales que establece la conexión entre el texto de la ley y la realidad social,<sup>48</sup> sino un sistema de adecuación típica del comportamiento según la va-

<sup>42</sup> Wolfgang Frisch, "Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs", en *FS für Claus Roxin*, p. 215.

<sup>43</sup> En el mismo sentido, Wolfgang Frisch, "Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs", en *FS für Claus Roxin*, p. 222.

<sup>44</sup> Wolfgang Frisch, "Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs", en *FS für Claus Roxin*, p. 222.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>46</sup> Wolfgang Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 50.

<sup>47</sup> Ricardo Robles Planas, "Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo", en *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal*, pp. 101-102.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 41.

loración del conjunto que reúne criterios normativos excluyentes de la tipicidad en un lugar sistemático adecuado.<sup>49</sup>

La imputación de la conducta como típica idealizada por autores como FRISCH, JAKOBS y CANCIO MELIÁ, entre otros, consta de tres instituciones dogmáticas: riesgo permitido, prohibición de regreso e imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. Son etapas sucesivas, desde lo más genérico hasta lo más específico.<sup>50</sup>

Esta concepción, que difiere de otras y, sobre todo, de la elaborada por ROXIN, a menudo funciona en detrimento de la teoría, y la falta de precisión en la clasificación, a veces, genera críticas injustas. Es común que los autores escépticos o contrarios a la imputación objetiva la critiquen por su diversidad de elementos y la falta de decisión sobre su posición. No habría una, sino varias teorías de la imputación objetiva. Sin embargo, al hacer una breve revisión, se observa que las teorías anteriores también experimentaron un fenómeno similar, como el desplazamiento del dolo y la culpa a la conducta, la inexigibilidad de una conducta diversa, los elementos negativos del tipo, etc., y muchos otros institutos dogmáticos que, durante la evolución de las teorías causalistas y finalistas, cambiaron de posición dogmática en el contexto de la teoría del delito y que, incluso en la actualidad, todavía no han encontrado una ubicación unánime.

Además de las notables diferencias entre las principales corrientes teóricas, como ROXIN y JAKOBS, hay tantos escritos que algunos incorporan o excluyen diversas consideraciones en diferentes contextos,

en conceptos como el aumento del riesgo, el ámbito de protección de la norma, la disminución del riesgo, etc., que, en realidad, podrían reunirse sistemáticamente en conceptos de evaluación y exclusión de la imputación un poco más lógicos, ya que, como se mencionó, el propósito principal de la teoría es cumplir con los dictados de la política criminal y no especialmente buscar la imputación, sino principalmente excluir la imputación según criterios teleológicos lo más objetivos posible, de acuerdo con el contexto social del discurso.

Al observar la mayor parte de los elementos, se percibe que la primera preocupación es delimitar la orientación de la norma de cuidado (un hacer o no hacer en función del bien jurídico) en relación con el comportamiento efectivamente adoptado por los participantes en el discurso. Al hablar de riesgo no permitido, se busca determinar en qué medida el comportamiento (del autor, partícipe y víctima) cumple o no con las pautas de la norma. En este contexto, no se puede olvidar que, como requisitos o medidas de cómo la conducta de alguien puede influir en la configuración del propio cuidado, son fundamentales los principios de precaución, prevención y confianza, ya que solo se puede imputar a alguien lo que está dentro de su propio ámbito de competencia. Estos principios no serán desarrollados en este trabajo, pero ya lo han sido en otro lugar.<sup>51</sup> Basta con aceptar que la precaución y la prevención guían la conducta desde el punto de vista individual, y la confianza desde el punto de vista interactivo. Como principios que son, no permiten atributos absolutos, y uno equilibra al otro cuando es necesario para la armonización de las situaciones en las que la confianza debe prevalecer sobre la precaución o prevención requerida por la comunicación concreta.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> El primero en hacer esta observación fue Enrique Gimbernat Ordeig, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Estudios de derecho penal*, p. 212: “Lo que hace la teoría de la imputación objetiva es reunir toda una serie de criterios normativos que excluyen la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora han estado deambulando por ella —de la causalidad a la acción— sin encontrar un lugar sistemático correcto. Estos criterios, todos ellos extraídos de consideraciones normativas, permiten fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (intención —y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto—, incumplimiento del deber de cuidado, resultado típico); Nos permiten justificar por qué todo esto meramente sumado no se traduce todavía en una conducta típica, si no se produce también -lo que se determina sobre la base de consideraciones sobre cuál es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarlo- la imputación objetiva”.

<sup>50</sup> Manuel Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, p. 98. *Idem*, “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en *La imputación normativa del resultado a la conducta*, p. 22. Con algunas variações, Günther Jakobs, *Strafrecht AT*, p. 123 y ss.

<sup>51</sup> Acerca de la precaución, v. Alexis Couto de Brito, *Imputação objetiva, crimes de perigo e direito penal brasileiro*, especialmente el capítulo 2, ítem 2.3.2 y sobre la confianza, v. capítulo 3, ítem 3.2.1.

<sup>52</sup> Esto debe ocurrir tanto en acciones conjuntas como independientes. Si en el trabajo en equipo existe una comunicación objetiva sobre la posibilidad de que uno de los participantes no cumpla con su organización (por ejemplo, esté intoxicado), los demás no podrán confiar en que actúe correctamente y deberán adoptar medidas preventivas. En otro ejemplo, incluso si el conductor de tránsito está conduciendo de acuerdo con las reglas previstas en el código, si nota que otro conductor se acerca a una intersección a una velocidad que le impide frenar, la confianza de que esto sucede debe ser superada por la precaución de aquellos que, debido a sus habilidades, se dan cuenta de que el otro conductor no podrá evitar el accidente.

### Imputación jurídico-penal. Aspectos generales y particulares

A partir de ahí, las subdivisiones de los conceptos operan en diversos ámbitos de imputación. Por lo tanto, los criterios de creación de un riesgo no permitido (prohibido por disposición legal o por no ajustarse a situaciones de prohibición de regreso y de autorresponsabilidad de la víctima) forman parte de la imputación de la conducta típica. Estos primeros criterios normativos se aplican al comportamiento de la víctima y del autor, a los cuales van dirigidas las normas. La creación de un riesgo desaprobado y la prohibición de regreso se dirigen al autor y a su proceso de toma de decisiones basado en sus conocimientos especiales en relación con la conciencia objetiva de las contingencias. La participación de la víctima en el riesgo también actúa en el mismo ámbito de la toma de decisiones autoresponsable en función del conocimiento de las contingencias. Con esto se pretende proponer la agrupación en un metaconcepto de estos elementos, no en el segundo nivel de imputación sobre la realización del riesgo en el resultado, sino en la misma determinación de la tipicidad de la conducta, como un criterio político-criminal de exclusión de la imputación, tanto en los delitos de peligro que no implican un resultado material más allá de la ofensa al valor protegido por la norma penal como en los delitos que involucran esta modificación material del estado de un objeto.

Sin embargo, aún se deben considerar otros criterios de imputación, que, con esta agrupación, se asignan sistemáticamente a otro metaconcepto que permita su aplicación de manera coherente. Además de esta atribución realizada a los comportamientos de los hablantes involucrados, no se puede pasar por alto la ofensa causada al valor o bien jurídico protegido y regulado en el contexto de un discurso que, al fin y al cabo, se ha verificado y debe ser valorado dentro del contexto social como peligroso. Para esto, se propone el uso de otra expresión conocida: imputación del resultado típico. Esto satisface los criterios normativos discursivos que, a partir de la política criminal determinada, pueden limitar el alcance del tipo positivo para considerar la ofensa como típica o no. Aquí nos alejamos de lo concebido tradicionalmente por ROXIN como el ámbito de protección del tipo,<sup>53</sup> para

incluir criterios relacionados con el resultado normativo del comportamiento: alcance de la violación del deber de cuidado y falta de significancia social de la ofensa.

Finalmente, después de la imputación de la conducta y el resultado a un tipo penal de manera subjetiva (creación dolosa del riesgo y creación dolosa del resultado), la responsabilidad por el hecho, ya considerado como originado por un riesgo no permitido, puede depender del último nivel de imputación para determinar a quién se le atribuirá la responsabilidad y de qué manera, en caso de que haya más de un interviniente. Ahora, tratándose de un riesgo prohibido, debemos considerar el análisis de criterios sobre el dominio del hecho para determinar si es aplicable o no la imputación a más de un autor penalmente responsable.

Solamente después de estos niveles de imputación —que en mi opinión configuran el ámbito normativo de prohibición— se puede pasar al segundo momento relacionado con la norma de sanción: la necesidad de pena. Aquí cobran especial importancia las teorías sobre el castigo, no solo en términos de una relación preventiva general o especial, sino en cuanto a la limitación del poder punitivo del Estado y la resolución social de conflictos.

Cada uno de estos ámbitos de imputación presupone un desarrollo dogmático adecuado. En este sentido, los contenidos no han variado significativamente en las últimas dos décadas, y las discusiones se centran principalmente en la ubicación de las categorías. Esta presentación, que en gran medida representa una concepción propia, aglutina los conceptos dogmáticos ya desarrollados de los elementos, y remitimos al lector a la evolución para una mejor comprensión de la teoría.

#### 4. Imputación y la Ley Penal brasileña

Para algunos, la imputación objetiva, ya sea de la conducta o incluso una teoría completa del delito basada en la teoría de las normas y la imputación, no podría ser adoptada en Brasil debido a la naturaleza finalista de nuestro código penal. De hecho, si bien, por un lado, la evolución dogmática que se espera ser la más adecuada debe construirse a partir del texto legal para resolver sus problemas de aplicación práctica, por

<sup>53</sup> Roxin, como se ha mencionado anteriormente, reúne bajo la expresión “fin de protección de tipo penal” los supuestos de participación en la autopuesta, consentimiento en la autopuesta en peligro, el riesgo atribuido a un ámbito de responsabilidad ajeno, que ya forman parte de la imputación de conductas típicas. *Strafrecht*

AT I, p. 401-421.

otro lado, puede ser adoptada con adaptaciones basadas en este mismo texto legal cuando no entre en contradicción. Al observar nuestro código, notamos indicios de teorías finalistas, como la distinción entre error de tipo y error de prohibición (artículos 20 y 21 del CPB), pero el código no es exclusivamente finalista en su enfoque. En mi opinión, no se puede categorizar el código penal actual, ni ningún código en general, como perteneciente a una teoría en particular. La misma separación entre error de tipo y error de prohibición no es estrictamente finalista, ya que en lo que respecta a las causas de exclusión de la ilicitud, se adopta la teoría limitada de la culpabilidad, que fue firmemente refutada por WELZEL.

Una de las críticas se refiere a nuestro artículo 13. Para algunos, no podríamos adoptar una teoría de la imputación debido a la redacción del artículo inicial, que dice: “El resultado, del cual depende la existencia del delito, solo se imputa a quien lo causó”. Según esta redacción, nuestro código habría limitado la responsabilidad a una relación causal, en lugar de utilizar un criterio de imputación.

En mi opinión, la redacción del artículo 13 no impide la aplicación de la teoría de la imputación. Por el contrario, este artículo simplemente revela que debe haber una causa como requisito previo para una futura imputación. Más allá de la relación de causalidad, luego se aplica la imputación, que, por supuesto, se basa en criterios normativos. El propio artículo, *in fine*, lo reconoce implícitamente al equiparar la acción y la omisión como “causas” del resultado: “se considera causa a la acción u omisión sin la cual el resultado no habría ocurrido”. Limitarse a la causa mencionada como una relación causal material excluiría cualquier imputación en el caso de un delito omisivo, ya que sabemos desde hace tiempo que de la nada no surge nada y, por lo tanto, no se puede hablar de un curso causal natural en un delito omisivo.

Y no es todo. Un análisis del artículo 13 revela que su redacción permite la asimilación de una teoría de la imputación de la conducta y del resultado. El párrafo 1º, que la mayoría de la doctrina advierte que ha adoptado la teoría de las concausas, puede interpretarse dentro del ámbito de la imputación. Como señala acertadamente JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI, “al eliminar las causas independientes del nexo de causalidad, la norma retira implícitamente la responsabilidad del agente por todos los hechos que

no sean riesgos creados por él”. Y concluye acertadamente: “solo son relevantes para la responsabilidad del autor los riesgos creados y, posteriormente, realizados en el resultado concreto”.<sup>54</sup> Además, al determinar la posición de garante en su párrafo 2º, el artículo 13 del código admite claramente un criterio de imputación objetiva al considerar como garante a aquel que “con su comportamiento anterior, creó el riesgo de producción del resultado”. Por lo tanto, la creación de riesgo y la imputación del resultado no contradicen el texto legal y permiten la adopción de una teoría de la imputación en Brasil.

Podemos continuar el análisis y notar que otros dispositivos también pueden ser interpretados y aplicados sin el matiz finalista. En el error determinado por un tercero (art. 20, §3º), en la coacción irresistible y en la obediencia jerárquica (art. 22), adoptamos reglas de imputación de autoría similares a las desarrolladas por ROXIN en su teoría del dominio del hecho por el dominio de la voluntad. Y el artículo 17 impide el castigo de la tentativa inidónea, lo que revela que el riesgo creado para el bien jurídico es jurídicamente irrelevante, incluso si existe dolo.

En la jurisprudencia, gradualmente notamos la aceptación de una teoría de la imputación, aunque está más relacionada con el desarrollo de ROXIN. La aceptación más notable se produce en los delitos sin dolo (o imprudentes) y en el criterio específico de insignificancia.<sup>55</sup> Algunas decisiones también invocan la autopuesta de la víctima en riesgo.<sup>56</sup> Sin embargo, se percibe que todavía falta mucho para que los jueces y tribunales se renueven y comiencen a aplicar de manera más coherente y confiada los aportes de la teoría.

## 5. Consideraciones finales

El intento de ofrecer una teoría de la imputación implica atribuir una exteriorización individual de relevancia comunicativa como obra de un sujeto, aplicando criterios de imputación con carácter restrictivo. Es extremadamente importante tener en cuenta esta línea de aplicación teórica, ya que varias críticas a la imputación objetiva realizadas por autores brasileños señalan la doble vía del concepto, que podría servir tanto

<sup>54</sup> “A teoria da imputação objetiva e o código penal brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas?”, en *Direito penal, aspectos jurídicos controversos*.

<sup>55</sup> STJ HC 208569/RJ.

<sup>56</sup> STJ, HC 46525/MT.

para excluir como para incluir un comportamiento como típico. Pero el parámetro normativo detrás de la teoría de la imputación siempre sigue la política criminal de un Estado democrático de derecho, es decir, de *ultima ratio*. Desde el punto de vista dogmático, las críticas se basan únicamente en la creación de un riesgo desaprobado, sin tener en cuenta otros elementos esenciales de la teoría y que pertenecen a lo que se puede considerar como el ámbito de protección de la norma penal, refrendado en cada caso según el mundo de vida de cada hablante y las disposiciones del grupo social.

Siempre que el discurso tenga un oyente determinado, este y sus conocimientos y decisiones deben ser considerados, tanto en riesgos aprobados como en los desaprobados creados por el autor, ya que en los riesgos creados exclusivamente por la víctima no hay lugar para hablar de la acción del derecho penal.

Si esta afirmación tiene su parte de verdad, no estará completa sin aclarar que, para la creación y aplicación del derecho positivo, el contenido social debe llenar la forma adquirida a través de la Ley positiva. La infracción de las expectativas se manifiesta en la violación del derecho positivo, pero lleno del contenido social. La norma, como expresión de significado, debe permitir la adecuación de una conducta solo en los casos en los que, después de la observación de segundo orden, se pueda confirmar que la expectativa violada forma parte del ámbito de protección de la norma y del tipo que se imputa al hablante. Juega un papel importante una teoría del lenguaje como la desarrollada por HABERMAS. La acción comunicativa es un proceso, al igual que el discurso, entre el hablante y el oyente, ambos actores en busca de la objetividad y el entendimiento de pretensiones de validez. Para ello, siempre debemos contar con personas imputables, capaces de comprender y posicionarse sobre las proposiciones lanzadas por el otro participante del discurso. No es posible hablar de discurso, consenso o sentido común entre aquellos que no poseen la capacidad psíquica o biológica necesaria para el desempeño del lenguaje. Por lo tanto, se trata de acción y no solo de comportamiento. Se realiza un giro referencial de la acción entendida no como un sustrato de conducta apto para recibir un sentido, sino como un sentido que, de acuerdo con un sistema de normas, se puede atribuir a determinados comportamientos humanos.

Desde un punto de vista objetivo, existen valores que deben ser protegidos o afirmados por el derecho, y una decisión de política criminal sobre estos valores es lo que autoriza la clasificación de la ofensa como penal o no penal. Las expectativas violadas no están vacías de contenido, sino axiomáticamente definidas, no exclusiva y completamente definidas por el legislador, sino sujetas al lenguaje utilizado por cada subgrupo, con prevalencia del sentido común mayoritario, sin faltarle al minoritario. Las personas deberían poder entenderse como autoras del derecho del cual son destinatarias, y las órdenes jurídicas modernas podrían basar su legitimación solo en la idea de autodeterminación, ya que la comunidad jurídica no se forma por un contrato social, sino a través de un entendimiento discursivo.<sup>57</sup> ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO, en consonancia con este pensamiento, siempre afirmó que la legitimidad de la norma jurídica depende de la configuración racional de la comprensión de su significado y propósito por parte de la comunidad jurídica, lo que “exige la valoración del contexto social que expresa las obligaciones que cada uno debe asumir en este mismo contexto”.<sup>58</sup>

Este sistema penal “abierto” es el único compatible con una teoría del delito basada en la teoría de las normas, aunque no se quiera basar en la configuración de HABERMAS. Por lo tanto, en respeto a las demás teorías que no la utilizan, se ha considerado conveniente no partir de una explicación de la teoría de la imputación y centrar el debate en este punto, de manera que en pocas líneas se pueda presentar lo que se propuso al principio.

## 6. Referencias

- ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *Introducción a la teoría comunicativa del delito*. Buenos Aires: Universidad, 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva, crimes de perigo e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BUSTOS RAMIRES, Juan; LARRAURI, Elena. *Imputación objetiva*. Bogotá: Temis, 1998.

<sup>57</sup> Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 663.

<sup>58</sup> Antonio Luís Chaves Camargo, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 187.

- CALLEGARI, André Luís; CANCIO MELIÁ, Manuel. “Aproximação à teoria da imputação objetiva no direito penal”. En *Revista dos Tribunais (RT)*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, Año 94, volumen 831, p. 463-482, Jan, 2005, Bimestral.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. 2a. ed. Barcelona: J.M. Bosch, 2001.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Mendoza: Cuyo, 2001
- D’ÁVILA, Fábio Roberto. “Crime culposo e a teoria da imputação objetiva”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2001.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendoza: Cuyo, 1998.
- EBERT, Udo. *Kausalität und objektive Zurechnung*. En *Juristische Ausbildung (Jura)*. Berlin: De Gruyter, 1979.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. 7a. ed. Roma: Laterza, 2002.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra; BRITO, Alexis Couto de. *Direito penal brasileiro*. 3a. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.
- FRISCH, Wolfgang; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2004.
- FRISCH, Wolfgang. “La imputación objetiva: estado de la cuestión”. En ROXIN, Claus *et al.* *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000.
- FRISCH, Wolfgang. Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs“. En SCHÜNEMANN, Bernd; ACHENBACH, Hans; BOTTKÉ, Wilfried *et al.* *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlin: de Gruyter, 2001
- FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Köln: Carl Heymanns, 1983.
- FRISCH, Wolfgang. “Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre”. En *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*. Heidelberg: Decker’s, 2003.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “¿Qué es la imputación objetiva?”. En GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3a. ed. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1989.
- HIRSCH, Hans Joachim. “Zur Lehre von der objektiven Zurechnung”. En ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike; SCHUMANN, Heribert. *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag.*, München: Beck, 1998.
- HONIG, Richard. “Kausalität und objektive Zurechnung”. En *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*. Tübinga: Mohr, 1930.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Imputación objetiva y principio de lesividad”. En CERESO MIR, José; SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio; BERISTAIN IPIÑA, Antonio; ROMEO CASONA, Carlos Maria. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torio López*. Granada: Comares, 1999.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2a. ed. Berlin: De Gruyter, 1993.
- KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. 2a. ed. (1764). Berlin: De Gruyter, 1968.
- KAUFMANN, Armin. “‘Objektive Zurechnung’ beim Vorsatzdelikt?”. En: VOGLER, Theo (org.). *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker e Humblot, 1985.
- KAUFMANN, Arthur. “Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie”. in: VOGLER, Theo (org.). *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker e Humblot, 1985.
- LARENZ, Karl. “Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der juristischen Kausalität”. En *Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen (1927)*. Aalen: Scientia, 1970.

## Imputación jurídico-penal. Aspectos generales y particulares

- LARRAURI, Elena. “Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva”. En: ADPCP XLI, 1988.
- LICCI, Giorgio. *Teorie causali e rapporto di imputazione*. Napoli: Jovene, 1996.
- MAIWALD, Manfred. “Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung”. En KÜHNE, Hans-Heiner. *Festschrift für Koichi Myiazawa*. Baden-Baden: Nomos, 1995.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. “A teoria da imputação objetiva e o código Penal brasileiro: ainda faz sentido a teoria das concausas?”. En BRITO, Alexis Couto de; VANZOLINI, Maria Patricia. *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MENDONÇA, Jacy de Souza. *Curso de filosofia do direito. O homem e o direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MIR PUIG, Santiago. “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”. En ADPCP XLI, 1988
- OTTO, Harro. “Kausaldiagnose und Erfolgsszurechnung im Strafrecht”. En SCHRÖDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972.
- OTTO, Harro. “Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten”. En *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Año 33, febrero, 1980. München: C. H. Beck, 1980.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. “Nexo causal, imputação objetiva e tipicidade conglobante”. En *Revista dos Tribunais (RT)*. São Paulo. Revista dos Tribunais, Año 90, volumen 794, dez/2001, p. 462-485.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.
- PRADO, Luiz Regis. “Teoria da imputação objetiva do resultado: uma abordagem crítica”. En: *Revista dos Tribunais (RT)*. São Paulo. Revista dos Tribunais, Año 91, volumen 798, Abr/2001, p. 445-460.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- REYES ALVARADO, Yesid. “Fundamentos teóricos de la imputación objetiva”. En ADPCP XLV, 1992.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4a. ed. München: C. H. Beck, 2006.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”. En SCHRÖDER, Friedrich-Christian; ZIPF, Heinz. *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1972.
- SANCINETTI, Marcelo A. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.
- SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da imputação objetiva: apontamentos críticos à luz do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: B de F, 2010.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- STRUENSEE, Eberhard. *Temas sobre teoría del delito*. México D.F.: INACIPE, 1999.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel. “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”. En ADPCP XXXIX, 1986.
- TRIFFTERER, Otto. “Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung”. En: KOHLMANN, Günter (org). *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*. Köln: Peter Deubner, 1983.
- VANZOLINI, Patricia. *Teoria da pena: Sacrificio, vingança e direito penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 7a. ed. Berlin: De Gruyter, 1960.

## Libertad sexual y protección penal en el sistema jurídico italiano: disciplina actual y perspectivas de reforma\*

Giulio De Simone

Catedrático de Derecho Penal  
Università del Salento

**RESUMEN:** Este artículo investiga los delitos de violencia sexual en Italia, desde la violación, los actos sexuales con menores, la corrupción de menores, los delitos en grupo y el acoso sexual en el trabajo, entre otros. Se estudia la evolución desde la creación del Código Penal italiano hasta la actualidad, lo que incluye los más actuales proyectos de reforma.

**PALABRAS CLAVE:** Delitos sexuales en Italia. Menores víctimas. Corrupción de menores. Error sobre la edad de la víctima.

**ABSTRACT:** This article investigates crimes of sexual violence in Italy, from rape, sexual acts with minors, corruption of minors, group crimes and sexual harassment at work, among others. The evolution from the creation of the Italian Penal Code to the present is studied, which includes the most current reform projects.

**KEYWORDS:** Sexual crimes in Italy. Minor victims. Corruption of minors. Error about the age of the victim.

**Sumario:** 1. Introducción: los delitos contra la libertad sexual en la sistemática del código penal italiano. 2. La normativa penal vigente para la protección de la libertad sexual. 2.1. Artículo 609-bis CP (violencia sexual). 2.2. Los demás delitos del Código Penal. 2.2.1. Actos sexuales con un menor (art. 609-quater CP). 2.2.2. Corrupción de menores (art. 609-quinquies CP). 2.2.3. Violencia sexual en grupo (art. 609-octies CP). 2.2.4. Captación de menores (art. 609-sexies CP). 3. El error sobre la edad de la persona ofendida (art. 609-sexies CP). 4. Acoso sexual en el trabajo. 5. Perspectivas de reforma.

Rec: 30-08-2023 | Fav: 17-09-2023

\* Este artículo reproduce el texto de la ponencia presentada en el I Congreso Jurídico Internacional “Los delitos contra la libertad sexual a debate: propuestas de reforma” que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada los días 20, 30 de septiembre y 1 de octubre de 2021, texto ya publicado, con algunos añadidos y la adición de notas, en E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, P. ESQUINAS VALVERDE (Dir.) y M.Á. MORALES HERNÁNDEZ (Coord.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma*, Cizur Menor (Navarra), 2022.

## 1. Introducción: los delitos contra la libertad sexual en la sistemática del código penal italiano

En la cinematografía italiana de posguerra, una representación dramáticamente eficaz de la violencia sexual, que quedó grabada en la memoria colectiva, fue en la famosa película de Vittorio De Sica *La Ciociara*, de 1960, un admirable ejemplo de cine neorrealista, que reveló al gran público el horror de la violación de miles de mujeres por parte de los soldados del ejército de liberación, en la fase final de la guerra mundial. Como se ha observado recientemente:

... la decisión de llevar esos horrores a la gran pantalla, eligiendo el camino de representar explícitamente la violación, no fue una elección sencilla ni trivial. “*La Ciociara*” es una película de 1960: en aquella época, la representación filmica explícita de la sexualidad no se daba por descontada, y a fortiori la de la perversión o, peor aún, la de la violencia. Es una elección que, aunque con la debida distinción, recuerda la historia [de] “*Germania anno zero*”, con Edmund abandonado en un universo donde la devastación material se proyecta sobre un fondo carente de las más mínimas coordenadas morales.<sup>1</sup>

En el plano de la observación criminológica, una voz autorizada de nuestra doctrina ha afirmado que la violencia sexual debe considerarse un fenómeno no sub-humano, sino incluso sub-animal:

Es bien sabido que la unión sexual entre animales pasa por el rito preliminar del “cortejo”, según los códigos propios de las distintas especies animales. Cortejando y conquistando, el animal, de mil maneras diferentes, leales y seductivos, dignos y vanidosos [...]. La violación, ya sea en solitario o más aún en manada, es una prerrogativa exclusivamente humana, que además contribuye a diferenciar al hombre del animal, y esto no en desventaja del animal. Ya sea el resultado de una deformación patológica de la sexualidad, de una falta de control de las pulsiones, de una más genérica agresividad o de factores culturales.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> A. MASSARO, *La Ciociara: riflessioni sulla rappresentazione cinematografica e giuridica della violenza sessuale*, en [www.giustiziainsieme](http://www.giustiziainsieme)

<sup>2</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 7ª ed., Milano, 2019, 424.

Pasamos ahora a los aspectos más propiamente jurídicos de la cuestión.

Para proteger el bien jurídico de la libertad sexual, el sistema penal italiano prevé un amplio abanico de disposiciones incriminatorias (artículos 609-*bis* a 609-*undecies*), ubicadas en el Código Penal, y más concretamente en la Sección II (*Delitos contra la libertad personal*) del Capítulo III (*Delitos contra la libertad individual*) del Título XII (*Delitos contra la persona*) del Libro II (*De los delitos en particular*).<sup>3</sup> La ubicación entre los delitos contra la libertad personal se debe a una ley que se remonta a la segunda mitad de los años noventa, la ley n° 66 de 15 de febrero de 1996, que, por así decirlo, “rediseñó el rostro de las normas contra la violencia sexual”.<sup>4</sup>

En la estructura original del Código Rocco, que se remonta a 1930, los delitos contra la libertad sexual se clasificaban, en cambio, de acuerdo con la ideología autoritaria de la época fascista y la tendencia a favorecer una interpretación en clave pública de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, como delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres (el capítulo I, que los contemplaba, estaba situado en el Título IX del Libro Segundo, dedicado, precisamente, a los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres).<sup>5</sup> La libertad sexual estaba, por lo tanto, “protegida no como un valor intrínseco de la persona, sino dentro de los límites de su correspondencia con el valor superior de la ‘moralidad pública’”.<sup>6</sup>

Pero también la actual ubicación entre los delitos contra la libertad personal no ha dejado de suscitar en la doctrina más que un par de motivadas perplejidades.<sup>7</sup> Obviamente, hubiera sido mejor situar tales

<sup>3</sup> Sobre el tema véase ahora, entre numerosas contribuciones, la reciente monografía de G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali*, Bologna, 2023.

<sup>4</sup> B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 6ª ed., Milano, 2016, p. 7.

<sup>5</sup> Se trataba de los siguientes delitos: conjunción carnal violenta o abusiva (arts. 519 y 520 CP); actos libidinosos violentos (art. 521 CP); seducción con promesa de matrimonio (art. 526 CP); raptó con fines de matrimonio (art. 522 CP); raptó con fines de libido (art. 523 CP); raptó de una persona menor de 14 años o enferma, con fines de libido o de matrimonio (art. 524 CP). La corrupción de menores (art. 530 CP) se encontraba en cambio en el Capítulo II del mismo Título IX, dedicado a los “delitos contra el pudor y el honor sexual”. Todo el Capítulo I del Título IX será después abrogado por la citada Ley n° 66 de 1996 (art. 1).

<sup>6</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 419.

<sup>7</sup> Un marco sistemático que se considera fuera de lugar, como quiera que se entienda el bien jurídico de la libertad personal: bien

delitos entre los que atentan contra la libertad —al tratarse todavía de hechos ilícitos que afectan a la libertad de autodeterminación de la víctima— dentro de una Sección autónoma, dedicada, precisamente, a los “Delitos contra la libertad sexual”.<sup>8</sup>

En el Proyecto de Reforma recientemente elaborado por un grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación Italiana de Profesores de Derecho Penal,<sup>9</sup> se ha sugerido oportunamente recurrir a otra locución: la de “Delitos contra la personalidad sexual”, considerado más adecuado para incluir también aquellos hechos delictivos cometidos contra sujetos, como los menores, a los que no se les reconoce una plena capacidad de autodeterminación en materia sexual.<sup>10</sup> También hay quienes, con vistas a una reforma radical de la materia, proponen la creación, dentro del Código Penal, de un título autónomo dedicado a los “Delitos contra la esfera sexual de la persona”.<sup>11</sup>

## 2. La normativa penal vigente para la protección de la libertad sexual

Veamos ahora, más de cerca, el contenido de las disposiciones incriminatorias para la protección de la libertad sexual, intentando destacar los aspectos más críticos.

como libertad de movimiento en el espacio o como libertad de medidas coercitivas sobre el cuerpo (cfr. S.R. PALUMBIERI, *I delitti contro la libertà sessuale*, en A. CADOPPI/S. CANESTRARI/A. MANNA/M. PAPA (Dir.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, Torino, 2011, p. 6). Véase también G. FIANDACA/E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. II (*I delitti contro la persona*), 5a ed., Bologna, 2020, pp. 309 ss.

<sup>8</sup> T. PADOVANI, *sub pre-art. 609-bis c.p.*, en A. CADOPPI (Coord.), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4a ed., Padova, 2006, p. 433. Prefiere distinguir dos categorías autónomas, la de los delitos contra la libertad sexual de los adultos y la de los delitos contra la intangibilidad sexual de los menores, entendiendo que se trata de dos objetividades jurídicas heterogéneas, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 419 y 421.

<sup>9</sup> Grupo formado por G. Balbi, M. Bertolino, M. Bianchi, S. Braschi y L. Ferla.

<sup>10</sup> En este sentido véase, recientemente, G. BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, en *Sist. pen.* (3 de marzo de 2020), p. 1 y s., quien, si bien admite que existe una relación de *genus ad speciem* entre la libertad sexual y la libertad de autodeterminación, considera, sin embargo, que esta última posee, en términos de valores, “una especificidad propia, una significación absoluta”, que hacen oportuno introducir un Capítulo o Sección autónomos dedicados, precisamente, a los “Delitos contra la personalidad sexual”.

<sup>11</sup> B. ROMANO, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, en *Dir. pen. contemp.* (29 de noviembre de 2018), p. 3.

### 2.1 Artículo 609-bis cp (violencia sexual)

Al ojear el Código Penal, la primera disposición que se encuentra es la que prevé el delito de violencia sexual (art. 609-bis cp). Este delito, introducido por la reforma de 1996, es el resultado de la síntesis y combinación de tres delitos diferentes incluidos originalmente en nuestro código penal: la violación (art. 519 cp); la conjunción carnal cometida abusando de la condición de funcionario público; los actos violentos de libido (art. 521 cp). Además, hay una disposición incriminatoria que prevé el delito de actos sexuales con un menor (art. 609-*quáter* cp), que también se analizará brevemente a continuación.

La decisión de unificar estos diferentes delitos fue dictada por la voluntad de eliminar la antigua distinción entre violación y actos libidinosos violentos, que tantos problemas había planteado a nivel interpretativo, a menudo acompañados de situaciones complicadas, resultantes de la necesidad de determinar si había habido realmente una conjunción carnal.<sup>12</sup>

Existía un alto riesgo de “victimización secundaria” de la persona ofendida, a la que se obligaba, durante el proceso penal, a someterse a preguntas no pocas veces invasivas y desagradables; su examen como testigo se podía convertir en un verdadero sufrimiento.

También existía una razón “de política legislativa” que justificaba la *reductio ad unum* de los dos delitos: se consideraba que el bien jurídico protegido (la libertad sexual) era “igualmente perjudicado por una u otra conducta —es decir, por la violación y por los actos de libidos— mientras que la gravedad de los hechos cometidos sólo adquiriría relevancia a efectos de la graduación de la pena”.<sup>13</sup>

El delito de violencia sexual se describe ahora en estos términos en el Código Penal:

... el que, con violencia o amenazas o mediante abuso de autoridad, obligue a alguien a realizar o someterse a actos sexuales. La pena será de seis a doce años de reclusión.

La misma pena se aplica a quien induce a alguien a realizar o someterse a actos sexuales: 1) abusando de las condiciones de inferioridad física o mental de la perso-

<sup>12</sup> Cfr. S.R. PALUMBIERI, *I delitti*, cit., p. 21.

<sup>13</sup> Véase otra vez, para las referencias apropiadas, S.R. PALUMBIERI, *I delitti*, cit., p. 22 y nota 13.

## Libertad sexual y protección penal en el sistema jurídico italiano: disciplina actual y perspectivas de reforma

na ofendida en el momento del hecho 2) engañando a la persona ofendida por haber sustituido a otra persona (art. 609-bis ap. 2 CP).

Por último, se prevé una circunstancia atenuante especial (art. 609-bis ap. 3 CP): en los casos de menor gravedad, la pena se reduce en una medida no superior a dos tercios. Esta hipótesis, según el Tribunal de Casación, solo puede configurarse *cuando no se ha producido una intensa lesión del bien jurídico protegido*, es decir, una afectación significativa de la libertad sexual, teniendo en cuenta el grado de coacción ejercido sobre la víctima, su estado físico y mental y las características psicológicas evaluadas en relación con su edad.<sup>14</sup>

El objeto de la coacción son los actos sexuales realizados o sufridos por el sujeto pasivo. ¿Es compatible la noción de “acto sexual” con el principio constitucionalmente relevante de taxatividad (*lex certa*)? Un sector de la doctrina, efectivamente, lo pone en duda.<sup>15</sup> También se ha cuestionado la posible incompatibilidad con el principio constitucional de proporcionalidad en la conducta de cometer o ser sometido a actos sexuales, porque determina una “irrazonable equiparación, en términos afflictivos, de hechos provistos de índices de ofensa que no son comparables”.<sup>16</sup>

El término “acto sexual” debe entenderse como todo acto que, *dando lugar a un contacto corporal, aunque sea fugaz y extemporáneo*, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito, o a la implicación de la esfera física de este último, ponga en peligro la libre autodeterminación de la persona ofendida en la esfera sexual.<sup>17</sup>

La noción de “actos sexuales” incluye también los así llamados “actos por sorpresa”, que son tan rápidos e imprevisibles que la víctima ni siquiera se da cuenta

de la vejación sufrida<sup>18</sup> y se encuentra, por tanto, en la imposibilidad de defenderse, y en los denominados “actos insidiosos”, que se caracterizan por el hecho de que el consentimiento de la víctima se consigue mediante engaño, y como tal no puede considerarse válidamente dado:<sup>19</sup> considérese el caso paradigmático, a menudo citado, del ginecólogo que realiza actos sexuales con la paciente desprevenida, a la que ha hecho creer que son instrumentales para la investigación diagnóstica.<sup>20</sup>

Desde esta perspectiva, el Tribunal de Casación considera, por ejemplo, que incluso el simple roce de la cara de otra persona con los labios para dar un beso puede ser tipificado por un delito de violencia sexual, siempre que, por su rapidez e insidioso, sea tal que domine y supere la contraria voluntad del sujeto pasivo.<sup>21</sup> Esto es aún más cierto en el caso de un beso robado a la paciente, dado que el elemento de violencia podría expresarse no solo en un atropello físico, sino también en la ejecución insidiosamente rápida de la acción delictiva, tal que sorprende a la víctima y supera su voluntad contraria, imposibilitando así su defensa.<sup>22</sup> En el presente caso, la menor había sido agredida por sorpresa por iniciativa extemporánea de su dentista, ante la cual no había podido reaccionar y expresar su desacuerdo.

Según el Tribunal de Casación, *incluso un simple beso en la mejilla* constituye violencia sexual, aunque se trate de un acto que no se dirige directamente a zonas que puedan definirse claramente como erógenas, y ello cuando, a partir de una valoración global de la conducta que tenga en cuenta el contexto ambiental y social en el que se desarrolló la acción, la relación entre las personas implicadas y cualquier otro dato fáctico cualificado, pueda considerarse que ha afectado a la libertad sexual de la víctima.<sup>23</sup>

Para que se integre el delito de violencia sexual, ni siquiera sería necesario un contacto físico directo con la víctima, cuando los “actos sexuales” implican objetivamente la corporeidad sexual de la persona ofendida y están dirigidos y son idóneos para comprometer el bien primario de la libertad individual, en

<sup>14</sup> Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 2019, n. 5512.

<sup>15</sup> A. PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Nápoles, 1997, pp. 29 ss. La cuestión de legitimidad constitucional de la disposición incriminatoria, por supuesto contraste con el art. 25 ap. 2 de la Constitución italiana, fue declarada manifiestamente inadmisibles por la Corte costituzionale por falta de motivación sobre la relevancia, que la omitida descripción de los hechos impugnados hechos de los que se acusaba al imputado no le había permitido verificar (Corte cost., ord. n° 295 de 17 de julio de 2000).

<sup>16</sup> G. BALBI, *I reati*, cit., p. 2.

<sup>17</sup> Cass. pen., sez. III, 26 settembre 2012, n. 38719. Una definición amplia es la que propone A. PECCIOLI, *Reati contro la libertà personale*, en F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 16a ed., Milano, 2016, p. 226: “cualquier manifestación del instinto sexual expresada en todas las formas en las que puede exteriorizarse la libido”.

<sup>18</sup> S.R. PALUMBIERI, *I delitti*, cit., p. 19.

<sup>19</sup> S.R. PALUMBIERI, *I delitti*, cit., p. 19.

<sup>20</sup> Caso planteado por G. BALBI, *I reati*, cit., p. 3.

<sup>21</sup> Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 2007, n. 12425.

<sup>22</sup> Así, textualmente, Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2018, n. 20712.

<sup>23</sup> Cass. pen., sez. III, 2 dicembre 2020, n. 6158.

la perspectiva del delincuente de satisfacer o excitar su instinto sexual (en el presente caso, el delincuente había inducido a la víctima a realizar actos sexuales de autoerotismo sobre sí mismo, que culminaron con la obtención de placer sexual para ambos).<sup>24</sup> Por lo tanto, la conducta también puede llevarse a cabo mediante una comunicación por medios telemáticos.<sup>25</sup>

El examen de las sentencias más recientes de la jurisprudencia de la Casación revela, pues, *una clara tendencia a marginar y disolver por vía interpretativa el requisito de la violencia* —a “desmaterializar la *vis*”, como escribió Mantovani<sup>26</sup>— de manera tal que queda relegada al margen del tipo: el centro de gravedad de la incriminación se desplaza así a la incidencia de la conducta realizada *sobre la libertad de autodeterminación sexual de la víctima*.<sup>27</sup>

Estos “saltos adelante” de la jurisprudencia se aplican y justifican por la necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de la ley penal para incluir también aquellos comportamientos que no van acompañados del uso de una verdadera violencia y que, sin embargo, deben ser considerados merecedores de pena.<sup>28</sup> Se trata, de todas formas, de una práctica interpretativa que no parece del todo compatible con el principio de legalidad y con la prohibición de analogía *in malam partem*.<sup>29</sup>

El defecto, sin embargo, como es evidente, es un *defecto de origen* y reside en la particular estructura del tipo: ciertamente no fue una elección feliz, por parte de nuestro legislador, exigir, como modalidades típicas de la conducta y como medios de coacción, la violencia, la amenaza y el abuso de autoridad.

Por eso, en los últimos tiempos, cada vez son más las voces que reclaman una reforma del hecho típico, cuyo núcleo central debería coincidir más bien *con la falta de consentimiento de la víctima*. La última palabra, por tanto, solo puede tenerla el legislador.

Me detendré brevemente en las perspectivas de *lege ferenda* en la parte final de este trabajo.

El otro medio de coacción, previsto como alternativa a la violencia y las amenazas, es, como se ha dicho, el abuso de autoridad, que no es más que una forma de violencia psíquica. En este sentido, recientemente aclarado, de que el abuso de autoridad presupone una posición de preeminencia, también de hecho y de carácter privado, que el agente instrumentaliza para obligar al sujeto pasivo a realizar o someterse a actos sexuales.<sup>30</sup> En el presente caso, el abuso se constató en la conducta del acusado, un profesor de inglés, que había obligado a dos de sus alumnos, menores de 14 años, a los que daba clases particulares, a realizar actos sexuales con él.

## 2.2 Los demás delitos del Código Penal

Veamos ahora los demás delitos previstos en el código penal, empezando por el análisis del delito de actos sexuales con un menor.

### 2.2.1 Actos sexuales con un menor (art. 609-quater CP)

El delito consiste en el hecho de quien, fuera de los casos previstos en el artículo 609-*bis* CP, realice actos sexuales con una persona que aún no ha cumplido los 14 años o que aún no ha cumplido los 16, cuando el infractor es un ascendiente, uno de los padres, incluido el adoptivo, o su conviviente, un tutor u otra persona a la que, por razones de cuidado, educación, instrucción, vigilancia o custodia, se confía al menor o que tiene una relación de convivencia con este. La pena aplicable en este caso es la prevista en el artículo 609-*bis* CP para el delito de violencia sexual, es decir, reclusión de seis a doce años.

Está prevista además una *causa especial de no punibilidad* (art. 609-*quater* ap. 4 CP) para el menor que, fuera de la hipótesis de violencia sexual, realice actos sexuales con otro menor que haya cumplido los 13 años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a cuatro años.

Se considera que una simple invitación reiterada a consumir una relación sexual con un menor de 14 años no constituye una tentativa, por falta de idoneidad de los actos (art. 56 CP).<sup>31</sup> Sin embargo, si se podrá configurar si el autor ha establecido con

<sup>24</sup> Cass. pen., sez. III, 22 dicembre 2010, n. 11958, mencionada adhesivamente por Cass. pen., sez. III, 5 luglio 2019, n. 41951.

<sup>25</sup> Cass. pen., sez. III, 9 maggio 2013 (12 giugno 2013), n. 25822.

<sup>26</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 445.

<sup>27</sup> Acerca de la “evaporación del requisito de la coacción violenta en el derecho viviente” véase ahora G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., pp. 142 ss.

<sup>28</sup> Así F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 445.

<sup>29</sup> G. BALBI, *I reati*, cit., p. 3.

<sup>30</sup> Cass. pen., sez. un., 16 luglio 2020, n. 27326, en *Cass. pen.*, 2021, 2, p. 462.

<sup>31</sup> Cass. pen., sez. III, 9 novembre 2011, n. 46637.

la menor *una intensa relación telemática y telefónica de carácter exclusivamente sexual*, enviándole y pidiéndole que le envíe fotografías de contenido sexual, iniciando conversaciones de contenido sexual explícito y concertando con ella *dos citas distintas en un lugar apartado* con la intención, claramente declarada, de querer mantener relaciones sexuales.<sup>32</sup> En este caso, se trataba de “múltiples actos inequívocamente dirigidos a comprometer la esfera sexual de la víctima, con la intención manifiesta de lograr la satisfacción de sus instintos sexuales, y, como tales, constitutivos de una tentativa del delito contemplado en el artículo 609-*quater* CP”.<sup>33</sup> (*Actos sexuales con un menor*).

### 2.2.2 Corrupción de menores (art. 609-quinquies CP)

Después se encuentra el artículo 609-*quinquies* CP, que contempla el delito de corrupción de menores y está dirigido a la protección de su integridad sexual.

Este delito consiste en el hecho de que alguien realice actos sexuales en presencia de una persona menor de 14 años con el fin de que los observe. En este caso, la pena es de la reclusión entre uno y cinco años. La misma pena se aplicará a cualquiera que haga que un menor de 14 años asista a actos sexuales o le muestre material pornográfico con el fin de inducirlo a realizar o ser sometido a actos sexuales.

### 2.2.3 C. Violencia sexual en grupo (art 609-octies CP)

Este tipo particular de delito no estaba previsto originalmente en el Código Rocco, sino que se introdujo en una fecha posterior, con la mencionada Ley n° 66 de 1996. Su antecedente histórico se encuentra en el artículo 334 del Código Penal Zanardelli de 1889, que preveía un aumento de la pena (de un tercio) en caso de participación simultánea de varias personas en los delitos de violación o actos de libidinosos violentos.<sup>34</sup>

El delito consiste en la participación, por parte de varias personas reunidas, en los actos de violencia sexual mencionados en el artículo 609-*bis* CP (art. 609-*octies*, ap. 1 CP). La pena prevista por quien realice actos sexuales en grupo es la de reclusión por un periodo de entre ocho y catorce años (ap. 2). Se

trata, prácticamente, de un caso de participación en el delito de violencia sexual, convertido en un tipo delictivo autónomo, necesariamente plurisubjetivo.<sup>35</sup> La mayor gravedad de la pena se explica por el particular desvalor que se atribuye al hecho cometido por varias personas reunidas y por su mayor ofensividad, “en términos, ante todo, de la *mayor degradación personal de la víctima*”.<sup>36</sup> Serían diferentes, además, las motivaciones que inducen a los sujetos activos del delito a realizar estas conductas: se trataría, en estos casos, de un tipo de autor *más por agresividad que por sexualidad*.<sup>37</sup>

Para que se pueda integrar este delito, la jurisprudencia sostiene que no es necesario que todos los miembros del grupo cometan actos de violencia sexual, bastando que el copartícipe en todo caso haya aportado una contribución causal, material o moral, a la comisión del propio delito. Ni siquiera sería necesario que los miembros del grupo realicen actos de violencia sexual, siendo suficiente su presencia en el lugar y en el momento en que se cometen dichos actos, incluso por uno solo de los copartícipes, ya que la determinación de este se ve reforzada por la conciencia de la presencia del grupo. Según esta corriente de pensamiento, el concepto de “participación”, por lo tanto, no podría limitarse en el sentido de exigir la realización, por parte del individuo, de una actividad típica de la violencia sexual (es decir, cada copartícipe debería realizar, en todo o en parte, la conducta descrita en el art. 609-*bis* CP), mientras que la punibilidad debería extenderse (en el caso de que, de cualquier modo, se cometa un acto de violencia sexual) a cualquier conducta participativa, realizada en una situación de presencia real como mero “espectador”, aunque sea complaciente, en el lugar y el momento del delito, que aporte una efectiva contribución, material o psíquica, a la acción colectiva.<sup>38</sup>

Esta línea interpretativa, por otra parte, conduce evidentemente a una reducción de los ámbitos de relevancia de la participación en el delito de violencia sexual en grupo (art. 110 CP).

<sup>35</sup> Un caso calificado de participación al delito, como se ha dicho, puesto que solo algunos tipos de conductas, y no todas las relevantes a tenor del art. 110 CP, pueden dar lugar a este delito (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 492).

<sup>36</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 491.

<sup>37</sup> Cfr. S.R. PALUMBIERI, *I delitti*, cit., p. 239.

<sup>38</sup> Así Cass. pen., sez. III, 21 luglio 2020, n. 29096. Concuera, en líneas generales, Cass. pen., sez. III, 12 giugno 2020, n. 19987.

<sup>32</sup> Cass. pen., sez. III, 10 settembre 2020, n. 28454.

<sup>33</sup> Cass. pen., sez. III, 10 settembre 2020, n. 28454.

<sup>34</sup> Cfr. S.R. PALUMBIERI, *Trattato*, cit., p. 239.

## 2.2.4 Captación de menores (art. 609-sexies CP)

La norma que prevé el delito de captación de menores (art. 609-*undecies*) se ha incluido en el Código Penal hace relativamente poco tiempo, con la Ley 172 de 1 de octubre de 2012. El delito consiste en el hecho de quien, con el fin de cometer los delitos de esclavitud o servidumbre (art. 600 CP), prostitución infantil (art. 600-*bis* CP), pornografía infantil (art. 600-*ter* CP) y pornografía virtual (artículo 600-*quater* CP), embauque a un niño menor de 16 años. En este caso, el autor será castigado, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito más grave, con pena de reclusión de uno a tres años.

La captación es definida por la ley como: “cualquier acto dirigido a sonsacar la confianza de un menor mediante artificios, halagos o amenazas, incluso mediante el uso de internet u otras redes o medios de comunicación”.

Debido a la cláusula de reserva contenida en la disposición incriminadora (“si el hecho no constituye un delito más grave”), el delito de captación de menores solo puede cometerse cuando la conducta no es constitutiva de uno de los delitos-fin, ni siquiera en la forma de tentativa.<sup>39</sup>

### 3. El error sobre la edad de la persona ofendida (art. 609-sexies CP)

Merece la pena, llegados a este punto, dirigir nuestra atención a la disciplina prevista, en materia de *error aetatis* (es decir, error sobre la edad de la persona ofendida), por el artículo 609-*sexies* del Código Penal, que establece que cuando los delitos de violencia sexual (art. 609-*bis* CP), actos sexuales con un menor (art. 609-*quater* CP), violencia sexual en grupo (artículo 609-*octies* CP) y captación de menores (art. 609-*undecies* CP), se cometan en perjuicio de una persona menor de 18 años y cuando se comete el delito de corrupción de menores (art. 609-*quinquies* CP), el reo no puede alegar como excusa la ignorancia de la edad de la persona ofendida, *salvo que dicha ignorancia sea inevitable*.

La adición del inciso final, que salva la hipótesis de la ignorancia inevitable —que puede, por tanto, cuando se produce, ser invocada como excusa por el infractor— es el resultado de una modificación nor-

mativa relativamente reciente, introducida por la Ley 172 de 1 de octubre de 2012. Anteriormente, dicha norma, introducida a su vez en el Código penal por la Ley 66 de 1996, establecía perentoriamente la *eximente absoluta de la ignorancia aetatis*, cualquiera que fuera la causa, sin distinguir entre la ignorancia evitable (y por tanto culpable) y la ignorancia inevitable (y por tanto irreprochable).

Por otra parte, una disposición similar ya figuraba en el antiguo texto del artículo 539 del Código Penal, posteriormente derogado por la misma ley de 1996 (art. 1). Se trataba —como escribió Francesco Antolisei en su manual, mostrando implícitamente el contenido— “de una presunción *iuris et de iure*, dictada —en derogación de la regla general contenida en el art. 47 del Código— por la necesidad de evitar elusiones a la represión de hechos tan graves”.<sup>40</sup>

Pero otra parte acreditada de la doctrina viene planteando desde hace tiempo serias y fundadas dudas sobre la legitimidad constitucional de esta disposición, por su incompatibilidad, en particular, con los principios de igualdad y culpabilidad (artículos 3 y 27, apartados 1 y 3, de la Constitución italiana).<sup>41</sup>

No tenía mucho sentido, efectivamente, equiparar la ignorancia inevitable con la evitable.

En 2007, el Tribunal Constitucional (sentencia nº 322 de 24 de julio de 2007), a pesar de que declaró inadmisible la cuestión de la legitimidad constitucional del art. 609-*sexies* CP, planteada con referencia al art. 27, apartados 1 y 3, de la Constitución italiana (y, por tanto, en relación con el principio de culpabilidad), destacaba cómo ese mismo principio no puede “ser ‘sacrificado’ por el legislador ordinario en aras de una más eficaz protección penal de otros valores, aunque sean también de rango constitucional”. La norma censurada (es decir, el artículo 609-*sexies* CP) —observó además el Tribunal Constitucional—:

... podría considerarse lesiva del principio de culpabilidad no por el mero hecho de apartarse de los criterios ordinarios en materia de imputación dolosa, sino, si acaso, sólo en la parte en que niega relieve a la ignorancia o al error inevitable sobre la edad.

<sup>40</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 7a ed., Milano, 1977, p. 421.

<sup>41</sup> Referencias en B. ROMANO, *Delitti contro l'autodeterminazione sessuale*, en C.F. GROSSO/T. PADOVANI/A. PAGLIARO (DIRS.), *Trattato di diritto penale*, vol. XIV (*Reati contro la persona*), t. III (*Reati contro la libertà individuale*), Milano, 2016, p. 297 s.

<sup>39</sup> Cass. pen., sez. III, 4 marzo 2015, n. 16329.

Hasta que, finalmente, en 2012, el legislador intervino modificando la norma en cuestión en el mismo sentido deseado por los Magistrados del Tribunal Constitucional, atribuyendo relevancia eximente, como hemos visto, a la ignorancia inevitable de la edad del ofendido.

Evidentemente, esto da lugar a la necesidad de distinguir la *ignorancia inevitable, que excusa*, de la *ignorancia evitable, que no excusa*.

A este respecto, la jurisprudencia no ha dejado de precisar que la excusa solo puede admitirse cuando resulta que ningún reproche, ni siquiera de simple ligereza, puede hacerse al agente, por haber el mismo hecho todo lo posible para cumplir con sus deberes de atención, conocimiento, información y control, ateniéndose a un estándar de diligencia directamente proporcional a la relevancia del interés por el libre desarrollo psicofísico de los menores.<sup>42</sup>

También se ha argumentado que la ignorancia “inevitable” no puede basarse únicamente, o esencialmente, en la declaración de la víctima de ser mayor que su edad real, ya que se requiere, por parte de una persona que va a realizar actos sexuales con otra persona que parece ser joven de edad, un “compromiso cognitivo” proporcional a la presencia de los valores en juego.<sup>43</sup>

#### 4. Acoso sexual en el trabajo

En el sistema penal italiano no está previsto el delito de acoso sexual en el ambiente de trabajo.

Por desgracia, como sabemos, se trata de un fenómeno muy extendido y preocupante. Los datos del ISTAT (Instituto Nacional de Estadística) muestran que, entre 2015 y 2016, 8 millones 816 mil (43,6%) mujeres de entre 16 y 65 años sufrieron acoso sexual en el trabajo a lo largo de su vida. Sin embargo, se cree que este fenómeno siga siendo, en gran medida, sumergido (esto mismo vale, también y sobre todo, con relación al acoso sexual en las universidades), lo que lleva a subestimar su alcance y gravedad.

Además, el tema está todavía poco explorado en la investigación científica. Precisamente este año se ha publicado una interesante monografía que me gustaría recomendar a los especialistas en la materia: la de Nicole Ayangma Pontiroli, *Le molestie sessuali. Studi e ricerche sulla natura del fenomeno con focus sulle Università. Una sperimentazione condotta tra Italia e Spagna*.<sup>44</sup>

La introducción de una norma incriminadora *ad hoc* para el acoso sexual también sería necesaria para mantenerse fiel a los compromisos asumidos por Italia con la ratificación (Ley n° 77 de 27 de junio de 2013) del Convenio de Estambul (art. 40).<sup>45</sup> Más recientemente, con la Ley n° 4 de 15 de enero de 2021, se ratificó el Convenio n° 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el lugar de trabajo (adoptado en Ginebra el 21 de junio de 2019). Este Convenio, entre otras cosas, obliga a cada Estado miembro a adoptar las medidas adecuadas también con el fin de “introducir sanciones, cuando proceda, en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo” (art. 10, letra d).

Una definición de acoso y de acoso sexual se encuentra en los apartados 1 y 2 del artículo 26 del Decreto Legislativo n° 198 de 11 de abril de 2006 (Código de la Igualdad de Oportunidades): El acoso es un:

... comportamiento no deseado, realizado *por razones relacionadas con el sexo*, que tengan como fin o produzcan el efecto de atentar contra la dignidad de una trabajadora o un trabajador y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

El acoso sexual, por otro lado, es un:

... comportamiento no deseado *con connotación sexual*, expresado en forma física, verbal o no verbal, que tengan como fin o produzcan el efecto de atentar contra la dignidad de una trabajadora o un trabajador y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

<sup>42</sup> Cass. pen., sez. III, 10 dicembre 2013, n. 3651. Esta sentencia, en realidad, se refiere al artículo 602-*quater* CP, que, en referencia a los delitos contra la libertad individual, contiene una disposición similar al artículo 609-*sexies* CP. Véase también, más recientemente, en relación con los delitos contra la libertad sexual, Cass. pen., sez. III, 5 luglio 2019, n. 41951.

<sup>43</sup> Cass. pen., sez. III, 25 settembre 2013, n. 42873.

<sup>44</sup> Milano, 2021.

<sup>45</sup> Véase E. BIAGGIONI, *Consenso e tipizzazione delle condotte nei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale tra esigenze reali e stereotipi*, en *Sist. pen.* (24 de noviembre de 2020), p. 10.

Tanto el acoso como el acoso sexual están considerados por la ley como formas de discriminación.

A falta de una disposición específica en el Código Penal, en la práctica jurisprudencial se recurre al artículo 660 CP, que prevé la falta de “molestia o disturbo alle persone” que se castiga con la pena alternativa del arresto hasta seis meses o de la “ammenda” hasta 516 00 euros.<sup>46</sup>

Según la jurisprudencia de legitimidad, el acoso sexual se manifiesta a través de expresiones vulgares con trasfondo sexual o actos de cortejo invasivo e insistente, en los que el trasfondo sexual constituye un motivo y no un momento de la conducta, distintos del abuso sexual, sin importar si se realizan en ausencia de contacto físico.

En realidad, el recurso al artículo 660 del Código Penal no siempre resulta posible, ya que la norma incriminadora exige que el hecho, para asumir relevancia penal, se cometa *en un lugar público o abierto al público o por medio de un teléfono*, lo que, evidentemente, limita su ámbito de aplicación. Por supuesto, el acoso sexual puede cometerse en un lugar que no sea público ni esté abierto al público, o por medios distintos del teléfono.

Tampoco parece adecuado, en términos de comunicación simbólica, degradar el acoso sexual, que en cualquier caso expresa un grado no irrelevante de desvalor penal, a una mera falta.

Y luego, también desde un punto de vista socio-criminológico, me parece que el acoso sexual constituye un fenómeno muy diferente de la “molestia o disturbo alle persone” al que se refiere el artículo 660 del Código Penal.

Por supuesto, no se excluye que se aplique el artículo 609-*bis* CP, que, como hemos visto, prevé el delito de violencia sexual. En la jurisprudencia, por ejemplo, se afirmó hace tiempo que los casos de menor gravedad, a los que se refiere el último apartado de esta disposición, podrían incluir también aquellos comportamientos de acoso sexual consistentes en actos concluyentes<sup>47</sup> (habría que entender entonces claramente qué se entiende por “actos concluyentes”). O bien, cuando los *avances* se traducen en un verdadero chantaje a la trabajadora, que se encuentra ante la dilemática alternativa de ceder o perder el empleo,

podría configurarse el delito de violencia privada (art. 610 CP) o, en última instancia, el delito mucho más grave de extorsión (art. 629 CP) —al menos en forma de tentativa— si se interpreta extensivamente la noción de “injusto provecho (ingiusto profitto)”, a la que se refiere dicha disposición.<sup>48</sup>

Esto no quita que sería conveniente introducir en nuestro Código Penal un nuevo tipo específico de delito, que podría ser configurado a semejanza del descrito en el artículo 184 del Código Penal español (*acoso sexual*).

De hecho, en la actualidad, tres diferentes proyectos de ley (A.S. n° 655, A.S. n° 1597 y A.S. n° 1628 – *Disposizioni per il contrasto delle molestie sessuali, con particolare riferimento all’ambiente di lavoro*), presentados durante la XVIII Legislatura, están siendo examinados por el Senado.<sup>49</sup> El marco edictal de las penas previstas en relación con el nuevo delito varía considerablemente en las diferentes propuestas: van desde la reclusión de seis meses a dos años, con la posibilidad de un aumento adicional de la mitad en determinados casos considerados especialmente graves (Proyecto de Ley A.S. 1628), a la reclusión de dos a cuatro años, con la posibilidad de un aumento de la mitad en casos especialmente graves (Proyecto de Ley A.S. 1597), a la reclusión de cinco a diez años (Proyecto de Ley A.S. 655). Evidentemente, no hay una percepción clara sobre el efectivo desvalor penal de las conductas incriminadas.

## 5. Perspectivas de reforma

En la perspectiva *de lege ferenda*, además de lo que se ha dicho ahora sobre el acoso sexual, parece impostergable una reformulación del tipo penal de violencia sexual (art. 609-*bis* CP), que ya ha sido reclamada por varias partes: la amenaza, la violencia y el abuso de autoridad, como medios de coacción, deberían ser borrados del tipo, que debe centrarse más bien en la ausencia de un válido consentimiento por parte de la víctima.

Un cambio en este sentido en la disposición incriminadora significaría cumplir con otro compromiso adquirido en su día por el legislador italiano al rati-

<sup>46</sup> Ammeda es la pena pecuniaria impuesta por las faltas (contravvenzioni).

<sup>47</sup> Cass. pen., sez. III, 15 novembre 1996, n. 1040.

<sup>48</sup> Cfr. Cass. pen., sez. II, 17 febbraio 2017, n. 11979.

<sup>49</sup> Véase, a este respecto, la nota breve redactada por el Servicio de Estudios del Senado, n° 268 – abril de 2021.

ficar el Convenio de Estambul. En su primer informe sobre la aplicación del Convenio de Estambul en Italia, el GREVIO (Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Violencia Hacia las Mujeres y la Violencia Doméstica, creado en virtud del artículo 66 del mismo Convenio) animó encarecidamente a las autoridades italianas a considerar la posibilidad de modificar la legislación nacional y, en particular, de basar la estructura del delito en la noción de consentimiento libremente prestado.

Por otra parte, a nivel comparado, desde hace algún tiempo se aprecia una clara tendencia a la configuración de los tipos delictivos *centrados en el requisito del consentimiento*. Una de las leyes más recientes es la aprobada por el Parlamento danés el 17 de diciembre de 2020.<sup>50</sup> Unos años antes (en 2016), el legislador alemán consideró conveniente modificar el tipo descrito en el párrafo 177 (*Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung*), donde ya no se incluyen como requisitos esenciales la violencia y la amenaza: los actos sexuales, para ser relevantes desde el punto de vista penal, deben realizarse ahora “contra la voluntad reconocible de otra persona” (“*gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person*”).<sup>51</sup>

Así pues, el modelo básico adoptado en el sistema penal alemán es el de “*no means no*”, lo que, en verdad, suscita no pocas complejidades.

En la dirección de una acentuada valorización del papel del consentimiento en la economía del tipo penal, se mueve el proyecto de reforma elaborado por un grupo de colegas, reconocidos expertos en la materia, en el marco de una iniciativa promovida por nuestra asociación, a la que ya se ha hecho referencia anteriormente: se prevé, en particular, la introducción de tres diferentes figuras delictivas (violencia sexual, agresión sexual y lesiones de la intimidad sexual), *todas ellas basadas en la ausencia de un válido consentimiento*, “no necesariamente explícito [...] pero sí actual y reconocible”;<sup>52</sup> mientras que la violencia, la

amenaza y el abuso de poder (de un “poder legalmente fundado”) quedan en cambio degradados al papel de meras circunstancias agravantes.<sup>53</sup>

Cabe señalar, a este respecto, que no podrá considerarse válido:

... el consentimiento prestado por un sujeto en un estado psicofísico fuertemente alterado (por ejemplo, debido al consumo previo de alcohol o drogas) o en un estado de minusvalía psíquica o física que excluye las capacidades necesarias para la libre determinación de realizar actos sexuales.<sup>54</sup>

Por lo tanto, el modelo que se querría adoptar en Italia es el de “solo el sí es el sí”.

Recuerdo que el Proyecto de nuevo Código Penal elaborado por la Comisión Pagliaro en 1992 —mucho antes de la reforma de 1996— ya contemplaba el delito de violación, “consistente en el hecho de que quien, contra la voluntad de una persona, se uniera sexualmente con ella o realizara actos de idéntica significación ofensiva”. El modelo adoptado en este caso fue, por tanto, el de “no significa no”.

La ausencia de un válido consentimiento por parte de la víctima se convertiría, de esta manera, en un requisito esencial del tipo así que *tendría que entrar en el objeto del dolo*. El error sobre el consentimiento de la víctima, si no debido a culpa, debería, por tanto, excluir la punibilidad, de acuerdo con el art. 47 ap. 1 CP.

Sin embargo, queda por considerar la posibilidad de un error en el consentimiento causado por culpa, es decir, un error que se habría evitado con la debida diligencia. En esta hipótesis, según lo establecido en la misma disposición, debería excluirse lógicamente la relevancia penal del hecho, dado que no existe en nuestro sistema la correspondiente hipótesis culposa del delito de violencia sexual. Recuerdo que, en su segunda parte, el art. 47 ap. 1 CP, establece que, si el error sobre uno de los elementos esenciales del hecho típico está provocado por culpa, no se excluye la punibilidad, *pero solo cuando el*

<sup>50</sup> Para un estudio comparativo actualizado y exhaustivo, véase el reciente ensayo de M. MATTHEUDAKIS, “Un’indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima”, en *Rev. de dir. bras.*, 2020, pp. 280 y ss.

<sup>51</sup> Amplias y útiles referencias a este respecto en M. MATTHEUDAKIS, *Un’indagine comparatistica*, cit., p. 287 s.

<sup>52</sup> Cfr. G. BALBI, *I reati*, cit., p. 2. Como alguien ha dicho, la inclusión del consentimiento en el tipo “es una actualización debida, que, tarde o temprano, tendrá que hacerse y se hará”. (E. BIAGGIONI, *Consenso*, cit., p. 11). Esto parece aún más necesario en la perspectiva de evitar ciertas derivas jurisprudenciales que se encuentran en

la práctica: no son pocas las sentencias de absolución del acusado motivadas por el hecho de que la víctima, bajo la influencia del alcohol, no supo manifestar su propio desacuerdo (véase E. BIAGGIONI, *ibid.*).

<sup>53</sup> Otra circunstancia agravante es la determinación de un estado de incapacidad en la persona ofendida.

<sup>54</sup> Así G. BALBI, *I reati*, cit., p. 2.

*hecho está previsto por la ley como delito culposo (y la violencia sexual, como se acaba de decir, no lo es).*

A este respecto, podrían considerarse tres diferentes soluciones alternativas: o bien prever la irrelevancia, a efectos de responsabilidad penal, del error evitable sobre el consentimiento, en la línea de lo ya previsto, en relación con el error sobre la edad de la persona ofendida, por el artículo 609-*sexies*; o bien insertar en el Código Penal una disposición incriminadora *ad hoc*, que prevea expresamente esta hipótesis y la pena aplicable a la misma, o, finalmente, introducir una específica circunstancia atenuante. Esta última es la solución prevista en el citado Proyecto de la Asociación Italiana de Profesores de Derecho Penal y es la que parece quizá, en conjunto, preferible.<sup>55</sup>

Entre los cambios más significativos que se proponen en el proyecto, está la previsión de tres delitos diferentes, colocados en orden decreciente de gravedad según el mayor o menor impacto ofensivo: la más grave, al menos en la intención de quienes formularon la propuesta, es *la violencia sexual*, caracterizada por la realización de *actos sexuales penetrativos* sin un válido consentimiento del sujeto pasivo; luego sigue la hipótesis de la *agresión sexual*, que consiste en el hecho de que alguien, también sin consentimiento válido, realice *actos sexuales objetivamente no penetrativos* mediante contacto físico o induzca a alguien a realizarlos sobre sí mismo. También se introducen dos delitos similares de violencia sexual y agresión sexual cometidos contra un menor de edad (menor de 18 años).

El confine entre ambos tipos delitos se sitúa, por tanto, en la línea de la distinción entre actos sexuales penetrativos y no penetrativos. Sin embargo, esto no ha dejado de suscitar críticas y perplejidad por parte de algunos. Se ha argumentado que anclar la tipificación de la conducta a la penetración sería “un error de percepción y de método”,<sup>56</sup> que “la gravedad del acto sexual no se mide por la penetración, sea ésta exitosa o no”,<sup>57</sup> que puede haber conductas que no impliquen

penetración pero que pueden ser igualmente graves e invasivas.<sup>58</sup>

Como hipótesis de delito aún menos grave es prevista la de “exhibición sexual”, que se realiza cuando se hace asistir a un menor de 16 años, sin su válido consentimiento, a la realización de actos objetivamente sexuales o cuando se realizan actos exhibicionistas en su presencia o se muestra material pornográfico a un menor de 14 años.

Sin embargo, el proyecto no dice nada sobre la introducción de un tipo delictivo *ad hoc* por el acoso sexual hacia adultos, que también, como se ha dicho, parecería apropiada. A esto tipo de acoso, por lo tanto, seguiría aplicándose el art. 660 CP, que contempla la falta (*contravvenzione*) de “*Molestia o disturbo alle persone*”.

Para concluir: una meditada reforma de la materia parece ahora ineludible también en Italia. Pero no parece que dicha reforma esté en la agenda de los trabajos parlamentarios. La esperanza es que la piedra lanzada al estanque por los redactores del Proyecto de nuestra Asociación pueda empujar a nuestro legislador a activarse cuanto antes para cambiar el estado de las cosas.

La violencia sexual —puede leerse en el sitio web de *Amnesty International Italia*<sup>59</sup>— es un fenómeno generalizado y sistémico en todo el mundo. Las víctimas muchas veces no conocen sus derechos y se enfrentan a múltiples obstáculos para acceder a la justicia y a las indemnizaciones, incluso estereotipos de género perjudiciales, ideas erróneas sobre la violencia sexual, acusaciones de culpabilidad, dudas sobre su credibilidad, apoyo inadecuado y legislación ineficaz.

Tras poner de manifiesto los límites de la actual configuración del delito de violencia sexual, el texto concluye con una exhortación a la ministra de Justicia para la revisión del artículo 609-*bis* CP, en línea con los compromisos adquiridos en 2013 cuando se ratificó el Convenio de Estambul, para que se castigue cualquier *acto sexual no consensual*.

Ya veremos. Si son rosas, florecerán.

<sup>55</sup> Véase G. BALBI, *I reati*, cit., p. 2. Decididamente crítica E. BIAGGIONI (*Consenso*, cit., p. 12), según la cual la necesidad de regular la hipótesis del error sobre el consentimiento determinado por culpa surgiría no tanto de la observación del dato empírico como de la “idea errónea y estereotipada de que la violencia sexual tiene que ver con un malentendido, con el error sobre la disponibilidad de la pareja”.

<sup>56</sup> E. BIAGGIONI, *Consenso*, cit., p. 2.

<sup>57</sup> E. BIAGGIONI, *Consenso*, cit., p. 3.

<sup>58</sup> E. BIAGGIONI, *Consenso*, cit., p. 7.

<sup>59</sup> <https://www.amnesty.it/appelli/il-sesso-senza-consenso-e-stupro/>



## Reclutamiento de personas menores de edad como un crimen de lesa humanidad: una propuesta de interpretación de los “otros actos inhumanos”

**Javier Dondé Matute**

*Doctor en Derecho penal internacional y comparado por la Universidad de Aberdeen, Escocia. Profesor titular de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. javier.donde.m@uatx.mx*

**RESUMEN:** El presente estudio parte del fenómeno del reclutamiento de personas menores de edad en situaciones donde no hay conflicto armado para establecer un procedimiento que permita su persecución como crimen de lesa humanidad. Para ello se hace un recuento de la regulación de esta conducta en el derecho internacional, que permita determinar su alcance. La propuesta plantea incorporar al reclutamiento como “otro acto inhumano”, crimen de lesa humanidad previsto en artículo 7(1)(k) del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Para ello se elabora, con base en la jurisprudencia internacional, un procedimiento en virtud del cual el reclutamiento pudiera ser considerado como parte de esta cláusula abierta, señalando los requisitos y contornos que deben cumplirse para hacer esto posible.

**PALABRAS CLAVE:** reclutamiento, crímenes de lesa humanidad, Corte Penal Internacional, otros actos inhumanos, derechos de niñas, niños y adolescentes, niñas y niños soldados.

**ABSTRACT:** The present study's focus is on the recruitment of child soldiers in situations where there is no armed conflict, but there is a need for criminal persecution. To this end, an account is made of the regulation of this conduct in international law, which allows its scope to be determined. The idea is to incorporate this practice as “other inhumane act”, a crime against humanity within the meaning of article 7(1)(k) of the Rome Statute. To this end, a procedure is drawn up, on the basis of international jurisprudence, by virtue of which recruitment of child soldiers could be incorporated into the broad wording of the Rome Statute, pointing out the requirements and scope necessary to make this argument legally feasible.

**KEYWORDS:** Recruitment, crimes against humanity, International Criminal Court, other inhumane acts, rights of children, child soldiers.

Rec: 20-11-2023 | Fav: 14-12-2023

## Reclutamiento de personas menores de edad como un crimen de lesa humanidad...

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Reclutamiento en el derecho internacional. 2.1. Derecho internacional de los derechos humanos. 2.2. Derecho internacional de los conflictos armados. 2.3 Derecho penal internacional. 3. Otros actos inhumanos. 3.1 Regulación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. 4. Reclutamiento como otros actos inhumanos. 4.1. Conducta. 4.2. Elemento central. 4.3. Diferencia con otros crímenes de lesa humanidad. 4.4. Prohibición de la conducta. 4.5. Elementos contextuales. 5. Propuesta. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

## 1. Introducción

El objetivo de este trabajo es doble. Por un lado, se busca analizar a profundidad los otros actos inhumanos que constituyen crímenes de lesa humanidad; la última hipótesis del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI, 2002). A diferencia de las demás conductas que pueden conformar un crimen de lesa humanidad, se trata de una cláusula con un alto grado de ambigüedad. La crítica principal ha sido que esto vulnera el principio de legalidad penal. No obstante, lo que se busca con este estudio es establecer un procedimiento para identificar las conductas que pudieran entrar dentro de esta categoría. Para ello se utilizará el método ya empleado en otros casos por la Corte Penal Internacional (CPI) y se analizará la posibilidad de replicarlo en otros casos.

Esto conduce al segundo objetivo. Para probar la viabilidad del método se tomará como base el reclutamiento de menores de edad. Esta conducta se eligió ya que se ha identificado que la delincuencia organizada está reclutando a menores de edad dentro de sus filas, en un contexto que no es de conflicto armado. Para no entrar al debate sobre si en México hay o no un conflicto armado no internacional, se propone una alternativa en la que no es necesario considerar este contexto. El fenómeno o ha sido expuesto desde una perspectiva mediática (Yáñez, Mayoral, Aristegui Noticias), lo que aquí se busca es hacer una aportación desde la ciencia jurídica.

Con base en lo anterior, el estudio se divide en cuatro apartados. En el primero se hace un análisis del reclutamiento en el derecho internacional; tanto en el ámbito de los derechos humanos como en el de los conflictos armados. También se expondrá el alcance que tiene esta conducta en el derecho penal internacional. Así se fijaron sus elementos de la conducta,

destacando las diferencias y similitudes en cada una de estas ramas.

En seguida, se estudiará el artículo 7(1)(k) del ECPI que prevé los otros actos inhumanos. Aquí no solamente se precisará el alcance jurídico de estos crímenes de lesa humanidad, sino que se planteará un método para la identificación de conductas en el futuro.

En tercer lugar, se aplicarán los elementos y pasos identificados en el rubro anterior al caso del reclutamiento. Así se propondrá un desglose de elementos como los que se plantean en los Elementos de los Crímenes, para que eventualmente el reclutamiento pueda ser reconocido como un crimen de lesa humanidad.

## 2. Reclutamiento en el derecho internacional

Este apartado tiene por objetivo identificar y describir la regulación internacional del reclutamiento. Como se verá, existen diferencias entre el marco jurídico de los derechos humanos y de los conflictos armados. Incluso en este último varía si se está en un conflicto armado internacional o un conflicto armado no internacional. Entre este último y el derecho penal internacional no hay diferencias dado que la norma primaria es el derecho internacional de los conflictos armados y la secundaria es, en la actualidad, el ECPI.

### 2.1 Derecho internacional de los derechos humanos

Originalmente, la Convención de Derechos del Niño (1990, art. 38) prohibía el reclutamiento y la utilización de menores de 15 años en las fuerzas armadas de los estados parte. Sin embargo, hubo cambios significativos en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participa-

ción de niños en los conflictos armados (Protocolo facultativo, 2002).

El artículo 1 prohíbe la participación directa en hostilidades de personas menores de 18 años. Mientras que el artículo 2 prohíbe el reclutamiento obligatorio de las personas menores de 18 años. Sin embargo, el artículo 3 permite el reclutamiento voluntario de personas mayores de 15 años, siempre y cuando, se considere que las personas que no han cumplido los 18 años merecen una protección especial.

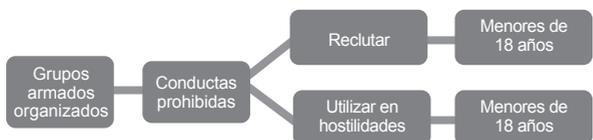
Cabe notar que las prohibiciones mencionadas van dirigidas a las fuerzas armadas de los estados. Hay un régimen diferenciado para los grupos armados organizados, previsto en el artículo 4, en virtud del cual se prohíbe el reclutamiento (sin distinguir entre obligatorio o voluntario) y la utilización en hostilidades a menores de 18 años.

Las prohibiciones se pueden explicar de la siguiente manera:

**Figura 1**



**Figura 2**



## 2.2 Derecho internacional de los conflictos armados

En esta rama del derecho internacional, el artículo 77 Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 (Protocolo Adicional I, 1977) prohíbe el reclutamiento y la participación directa en hostilidades de personas menores de 15 años. Cabe notar que la dis-

posición va dirigida a los estados parte, es decir, no incluye a grupos armados organizados y solamente aplica en el contexto de un conflicto armado internacional. De manera análoga, el artículo 4 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 prohíbe el reclutamiento y la participación en las hostilidades de menores de 15 años (Protocolo Adicional II, 1977). Esta disposición va dirigida a las fuerzas armadas y a los grupos armados organizados en el contexto de los conflictos armados no internacionales.

Adicionalmente, en un esfuerzo por plantear el marco jurídico de forma exhaustiva, cabe mencionar que las personas adultas tampoco pueden ser obligadas a participar en las fuerzas armadas. El artículo 130 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio de Ginebra III, 1949) prevé el “forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga” como una infracción grave que debe ser investigada, procesada y, eventualmente, sancionada a nivel nacional. Lo mismo se prevé en el artículo 147 del Convenio de Ginebra relativo a la protección de la población civil (Convenio de Ginebra IV, 1949). Estas disposiciones van dirigidas a adultos, por lo que no se abundará sobre el tema, solamente se consideraran los casos de personas menores de 18 años.

## 2.3 Derecho penal internacional

En el derecho penal internacional se ha tenido la mejor oportunidad para desarrollar los alcances del reclutamiento, tanto en el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (2002, art. 4 c.), donde por primera vez se establece esta conducta como un crimen de guerra, como en el ECPI. Se analizará a continuación el marco jurídico de la CPI porque representa la versión más actualizada del reclutamiento.

El artículo 8 del ECPI prevé diversas conductas como crímenes de guerra tanto en el contexto de un conflicto armado internacional como no internacional. En efecto, los verbos rectores de estos crímenes de guerra son reclutar, alistar y utilizar directamente en las hostilidades a personas menores de 15 años de edad. En el caso del conflicto armado internacional la prohibición va dirigida a fuerzas armadas nacionales (ECPI, art. 8(2)(b)(xxvi)). En el caso del conflicto armado no internacional la redacción es casi idéntica, solamente se agrega que la prohibición va dirigida

**Reclutamiento de personas menores de edad como un crimen de lesa humanidad...**

también a grupos armados organizados (ECPI, art. 8(2)(e)(vii)).

Cabe destacar dos aspectos. En primer lugar, la edad establecida es de 15 años de edad, lo cual contrasta con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, pero es congruente con el derecho internacional de los conflictos armados, como se vio anteriormente. En segundo lugar, los verbos rectores varían y deben ser explicados para entender su alcance.

En la jurisprudencia de la CPI, empezando con el caso Lubanga, se enfatizó que la diferencia entre el reclutamiento y el alistamiento es que en el primero la incorporación es de forma obligatoria, mientras que en el segundo caso es voluntaria (CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Sentencia, 2012, párr. 608).

En el caso de utilizar se ha manifestado que, aunque no es necesario que la víctima participe en las hostilidades, sus actividades deben estar vinculadas con el conflicto armado (CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Sentencia, 2012, párr. 621). Para determinar qué actividades entran en la definición típica, se deberá evaluar si la víctima es puesta en peligro o riesgo y puede ser un blanco de los adversarios (CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Sentencia, 2012, párr. 628). Cabe notar que conductas de naturaleza sexual como violación y esclavitud sexual pueden entrar dentro de esta categoría, pero en el caso particular no fueron parte de la sentencia porque la Fiscalía no las incluyó en la acusación (CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Sentencia, 2012, párrs. 629-630).

Por otro lado, es importante destacar que los Elementos de los Crímenes establecen una excepción al artículo 30 del ECPI, que solamente permite que los crímenes se cometan de forma dolosa, incluso excluyendo el dolo eventual. El elemento 3 (en ambos contextos de conflicto armado) indica: “Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años de edad”. La frase “debiera haber sabido” establece un actuar imprudencial en cuanto a la constatación de la edad de las víctimas.

Por último, es importante destacar que, en la sentencia de imposición de pena, al momento de analizar la gravedad de la conducta se señaló que este crimen de guerra tiene como objetivo salvaguardar a las personas menores de 15 años de los efectos de los conflictos armados, en particular su bienestar físico y mental (CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Sentencia de im-

posición de pena, 2012, párr. 38). Esta conclusión es de suma relevancia al momento de analizar los crímenes de lesa humanidad, como se verá más adelante.

Por su parte, en un esfuerzo por presentar un panorama completo, debe mencionarse que el ECPI también prevé la incorporación obligatoria de personas adultas a las fuerzas armadas de un estado del que no es nacional como un crimen de guerra. Este solamente es aplicable en el contexto de un conflicto armado internacional y no tiene un correlativo en los conflictos armados no internacionales (ECPI, art. 8(2)(b)(xv)).

Este crimen de guerra se superpone con la incorporación obligatoria de prisioneros de guerra y otras personas protegidas a las fuerzas armadas del enemigo previsto en el artículo 8(2)(a)(v) del ECPI y que deriva de los convenios de Ginebra de 1949. También cabe destacar que esta conducta es penalmente relevante solamente en el contexto de un conflicto armado internacional.

### 3. Otros actos inhumanos

Este es el crimen de lesa humanidad que debería generar mayor controversia por el carácter abierto del tipo penal. Sin embargo, en la doctrina especializada hay muy poco análisis sobre su alcance. Los principales libros de texto le dedican poco espacio (Hall, 2008, 230-234; Cassese, 2002, 358-378; Werle y Jessberger, 2017, 634-637) y los artículos académicos especializados buscan señalar que ciertas acciones o eventos encuadran dentro de estas hipótesis normativas (Ventura, 2017; Graham, 2018; Atkins, 2023), sin profundizar sobre el alcance más amplio de esta hipótesis normativa. Ciertamente, el objetivo de este estudio entra dentro del segundo grupo de contribuciones, al analizar si el reclutamiento puede constituir un crimen de lesa humanidad. Sin embargo, antes de formular cualquier conclusión se hará un estudio que pretende contribuir con más elementos a la discusión jurídica sobre el alcance de esta categoría de crímenes de lesa humanidad.

### 3.1 Regulación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

En congruencia con el esquema planteado en los Elementos de los Crímenes el análisis de otros actos inhumanos se divide en conducta, consecuencias, circunstancias, elemento subjetivo específico (si hay alguno) y elementos de contexto. A continuación, se expone el desglose de elementos para los otros actos inhumanos según este planteamiento.

**Tabla 1**

Conducta	Cualquier acto Inhumano Que causa grandes sufrimientos Atente gravemente contra la integridad física o salud mental o física
Consecuencias	Que el acto tenga carácter similar a otros crímenes de lesa humanidad Carácter se refiere a la naturaleza o gravedad del acto
Elemento subjetivo específico	Que el autor esté consciente de las circunstancias de hecho que le dan dicho carácter a su conducta Carácter se refiere a la naturaleza y gravedad edad del acto
Elementos de contexto	Ataque generalizado Ataque sistemático Contra la población civil
Elemento subjetivo del contexto	Conocimiento de que la conducta era parte de un ataque Intención de que la conducta forme parte de dicho ataque

Del análisis de los elementos del crimen el que causa mayor crítica es la conducta, pues no se encuentra delimitada. De hecho, no es posible identificar con claridad el verbo rector. Esta ambigüedad se atenúa en parte por diversos factores previstos por primera vez en el ECIPI. En primer lugar, la conducta debe ser un acto, lo cual excluye cualquier forma de omisión. En segundo lugar, no cualquier acto entraría dentro de esta categoría, pues se requiere que haya una lesión a

la integridad física o a la salud (mental o física). En tercer lugar, la anterior afirmación va de la mano de la similitud que debe guardar el acto con los otros crímenes de lesa humanidad, pues como se aclara en los Elementos de los Crímenes, la conducta debe tener una naturaleza y gravedad similar a las otras conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad. Este punto es muy importante para precisar de qué tipo de conductas se trata. Además, hay un elemento subjetivo vinculado, pues la persona debe tener conocimiento de la naturaleza y gravedad del acto. En cuarto lugar, se puede concluir que la conducta debe ser de resultado, lo cual se desprende del uso del término “haya causado”; lo cual se confirma en la versión en inglés donde se usa el término *inflicted*.

Por su parte, la jurisprudencia de la CPI ha interpretado el alcance de los otros actos inhumanos. Es de especial relevancia lo relativo al principio de legalidad penal y la identificación concreta de las conductas que pueden constituir este crimen internacional.

En términos generales se considera que no existe una violación al principio de legalidad penal, pues a diferencia de redacciones anteriores los elementos ya expuestos limitan el alcance de su aplicación. En particular se hace hincapié en la similitud con otros crímenes de lesa humanidad, la afectación a bienes jurídicos y el contexto (CPI, Prosecutor v. Ongwen, Apelación, 2022, párr. 1018)

Si bien estos elementos ayudan a reducir la aplicación de la hipótesis normativa, los otros elementos que aquí se han propuesto, como la necesidad de que se concrete un daño, la imposibilidad de que se cometa el crimen por omisión y el elemento subjetivo ayudan en mucho a reducir cualquier violación al principio de legalidad penal.

Los criterios más recientes mencionan que se pueden utilizar instrumentos internacionales como convenciones y tratados como un referente. La lógica es que, si una conducta ya se encuentra prohibida en el derecho internacional, especialmente en el derecho internacional de los derechos humanos, las personas ya tuvieron suficiente advertencia sobre la ilegalidad de la misma (CPI, Prosecutor v. Ongwen, Apelación, 2022, párr. 1021). Originalmente, la CPI planteó en su jurisprudencia que era necesaria una prohibición *erga omnes* reconocida en la costumbre internacional (presumiblemente para garantizar el consenso a su rechazo por la comunidad internacional). Además, la

## Reclutamiento de personas menores de edad como un crimen de lesa humanidad...

conducta debería constituir una violación al derecho internacional de los derechos humanos (CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Sentencia de Confirmación de Cargos, 2008, párr. 448).

Adicionalmente, la CPI ha recurrido a los tribunales penales internacionales e internacionalizados para identificar las conductas que pudieran constituir otro acto inhumano. Así, si una conducta ya fue identificada previamente, se puede citar como precedente y cumplir con la previsibilidad del carácter delictivo de la conducta (CPI, *Prosecutor v. Ongwen*, Sentencia, 2021, párr. 2744).

Esta práctica es compatible con los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la previsibilidad como uno de los requisitos para cumplir con el principio de legalidad penal (CPI, *Prosecutor v. Ongwen*, Sentencia, 2021, párr. 2741). Como consecuencia, la pregunta pertinente es: ¿la persona estaba en posibilidades de saber que la conducta era ilegal conforme al derecho internacional? Es por ello que el elemento subjetivo cobra importancia ya que al ser necesario comprobar que la persona conocía la naturaleza y gravedad de la conducta se cumple con las exigencias del principio de legalidad.

La CPI también ha enfatizado que la conducta que se identifique no puede formar parte de otro crimen de lesa humanidad. En otras palabras, debe haber algún elemento diferenciador. Así, en *Ongwen* se identificó como otro acto inhumano el matrimonio forzado y se distinguió de la esclavitud sexual dado que la primera tiene como elemento central la imposición del estado civil (con las consecuencias negativas que esto implica) (CPI, *Prosecutor v. Ongwen*, Sentencia, 2021, párr. 2750) y la segunda se basa en imponerle a una persona atributos de la propiedad, como si fuera un objeto, además de la afectación a la integridad sexual. Tampoco es equiparable a la violación porque esta no está ligada a un vínculo marital (CPI, *Prosecutor v. Ongwen*, Apelación, 2022, párr. 1023).

El caso *Katanga* es especialmente interesante porque la Fiscalía calificó como otros actos inhumanos las lesiones físicas severas ocasionadas por un ataque a la población civil. Sin embargo, la intención de los autores fue la de privar de la vida a sus víctimas, aunque el resultado fue otro. Así, la Sala de Cuestiones Preliminares no confirmó los cargos argumentando que la intención de *Katanga* (y sus coparticipes) no era causar daños físicos, sino matar. Si este resulta-

do no se dio, esto no autoriza a la Fiscalía a imputar otros actos inhumanos (CPI, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Sentencia de Confirmación de Cargos, 2008, párrs. 461-463). Aunque la sentencia no lo menciona, lo correcto hubiera sido imputar asesinato como crimen de lesa humanidad en grado de tentativa.

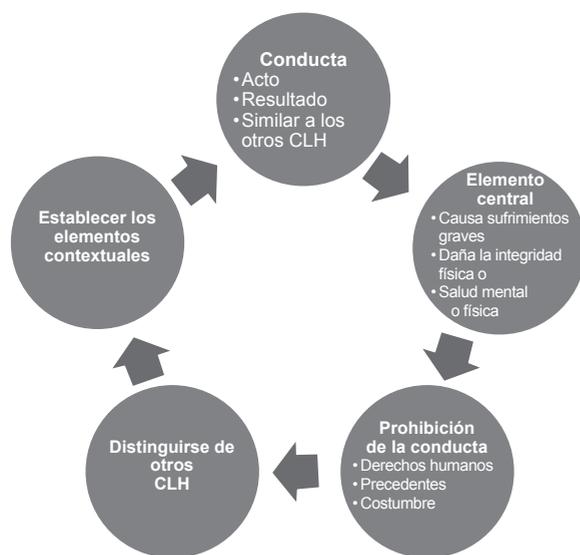
Para efectos de este estudio es importante precisar que la CPI exige que haya similitud con otros crímenes de lesa humanidad, pero, como ya se mencionó, no exactitud. Aun así, no se menciona si este mismo requisito aplica a otros crímenes de su competencia como los crímenes de guerra. Se puede asumir, con base de los criterios sobre concurso de crímenes, que serían crímenes distintos. En efecto, la CPI ha señalado que si hay un elemento distinto entre dos crímenes entonces se pueden imputar ambos por la misma conducta; pero adicionalmente, se precisó que los elementos contextuales pueden ser ese elemento diferenciador (CPI, *Prosecutor v. Ongwen*, Apelación, 2022, párrs. 1630-1634).

Aunque la metodología para identificar conductas que ha empleado la CPI no es del todo clara, se puede hacer una propuesta. Esta se delinea a continuación.

La conducta debe reunir ciertas características. En primer lugar, debe identificarse el elemento central o característico de la conducta. En segundo lugar, debe ser un acto, lo cual excluye cualquier tipo de omisión; así mismo debe ser una conducta con un resultado; descartando conductas de mera actividad. Además, la conducta debe ser similar, pero no idéntica, ni subsumible a algún otro crimen de lesa humanidad. En tercer lugar, debe señalarse cómo dicho acto causa sufrimientos graves y dañinos (la exigencia de un resultado exige que el daño se concrete) la integridad física o la salud (mental o física) de la o las víctimas. En cuarto lugar, encontrar el fundamento de la prohibición en el derecho internacional de los derechos humanos, en la costumbre internacional o en algún precedente de un tribunal penal internacional o internacionalizado. En quinto lugar, debe distinguirse de otros crímenes de lesa humanidad; es clave recordar que no es necesario (según lo que ha marcado la jurisprudencia actual) distinguirla de otros crímenes de competencia de la CPI como los crímenes de guerra. En sexto lugar, identificar el ataque (generalizado o sistemático) contra la población civil; es decir los elementos contextuales.

Cabe mencionar que, según los Elementos de los Crímenes, la persona que comete el reclutamiento debe actuar con conocimiento de que el acto tiene una naturaleza y gravedad similar a la de los demás crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, este aspecto no es relevante para la identificación de la conducta, sino para establecer la responsabilidad penal internacional de las personas.

**Figura 3**



## 4. Reclutamiento como otros actos inhumanos

En este apartado se analizará la posibilidad de incorporar el reclutamiento como un crimen de lesa humanidad a través de los otros actos inhumanos. Una vez realizado el estudio de la regulación en el derecho internacional y la metodología para definir crímenes de lesa humanidad a través de la categoría de otros actos inhumanos se plantea una propuesta de análisis. No solamente se hará una aplicación de los principios expuestos en las secciones anteriores al caso concreto, sino que además se expondrán las dificultades que pudiera representar la incorporación de esta figura.

### 4.1 Conducta

En principio se deben identificar las acciones que pudieran incorporarse a la categoría de otros actos

inhumanos. De inicio ya se tomó la postura de que no es posible proponer omisiones, pero esto no representa mayor dificultad en el caso actual. No obstante, precisar qué conductas podrían incorporarse no está exento de contratiempos. Como se vio en la sección correspondiente, hay discrepancias importantes entre lo regulado en el derecho internacional de los conflictos armados y lo previsto en el derecho internacional de los derechos humanos. Si las conductas y los elementos fueran idénticos se pudiera proponer una traslación de los crímenes de guerra a los crímenes de lesa humanidad, por lo que es necesario hacer un análisis más detallado.

Para empezar, el referente debe estar en los derechos humanos y en particular en el Protocolo Facultativo que regula esta materia. En este tratado las conductas identificadas como prohibidas son el reclutamiento obligatorio y utilizar a los menores en las hostilidades. Aquí se presenta un problema de congruencia, pues el reclutamiento voluntario está permitido siempre y cuando haya una protección especial para la persona menor de edad. Además, está restringido para las fuerzas armadas, pero completamente prohibido para los grupos armados organizados. ¿Cómo incorporar estas diferencias en el ámbito penal? ¿Cómo se justificaría desde el plano de la política criminal responsabilizar penalmente a los integrantes de los grupos armados organizados por el reclutamiento voluntario, pero no a integrantes de las fuerzas armadas?

Para llegar a una solución se puede utilizar el elemento central que es la protección de las personas menores de edad de los efectos de la violencia asociada con el reclutamiento, así como la imposibilidad de vivir con su familia, en su comunidad y continuar con su educación y desarrollo. En otras palabras, el reclutamiento dificulta, si es que no hace imposible, cumplir con el interés superior del menor y niega la posibilidad de hacer efectivos varios de los derechos que tienen conforme al derecho internacional de los derechos humanos (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, arts. 6.2, 9, 19, 28, 31). Estos factores se dan indistintamente si la incorporación es a las fuerzas armadas o a los grupos armados organizados.

Es importante señalar que para que el reclutamiento pueda ser un crimen de lesa humanidad, con base en la redacción del ECPI, es necesario que la víctima

**Reclutamiento de personas menores de edad como un crimen de lesa humanidad...**

o las víctimas sufran un daño a su integridad física o a la salud mental o física y que, además, se causen sufrimientos graves. Hay que recordar que no se trata de un crimen de mera conducta, se exige un resultado. El resultado está vinculado al elemento central por lo que se expondrá en el siguiente apartado.

El último requisito de la conducta es que sea similar a otros crímenes de lesa humanidad. Es importante señalar que no basta que la conducta cause sufrimientos graves o afecte la integridad física o la salud (mental o física) de las víctimas pues se entiende que todas las hipótesis previstas en el artículo 7 del ECPI cumplen con ese requisito. Hay por lo menos tres crímenes de lesa humanidad con los que el reclutamiento guarda similitud.

En Vargas Areco la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló, con base en el Convenio No. 182 de la Organización Internacional del Trabajo, que el reclutamiento forzado guarda similitud con la esclavitud y la servidumbre ya que se obliga a la persona a realizar un trabajo contra su voluntad (CorteIDH, Vargas Areco v. Paraguay, 2006, párr. 120). Por su parte, la esclavitud es un crimen de lesa humanidad con fundamento en el artículo 7(1)(c) del ECPI. De igual forma, ya se mencionó que el utilizar a menores de 15 años de edad los conflictos armados puede ejemplificarse a través de actos de violencia sexual, la cual está prevista en el artículo 7(1)(g).

Adicionalmente, el reclutamiento es similar a la deportación y al traslado forzado previstos en el artículo 7(1)(d) del ECPI toda vez que las víctimas son obligadas a salir de su entorno lo cual puede traer consecuencias negativas a la integridad física y el desarrollo de las personas (CPI, Situación de Myanmar, 2019, párrs. 26-33).

Por último, hay cierta similitud con la desaparición forzada, prevista como crimen de lesa humanidad en el artículo 7(1)(i), pues las familias desconocen el paradero de las víctimas, lo cual también puede ocurrir en los casos de reclutamiento; sobre todo cuando el reclutamiento forzado.

#### **4.2 Elemento central**

Con este primer paso se busca precisar qué es lo que caracteriza y distingue a la conducta, en este caso al reclutamiento. Según la CPI, el reclutamiento como crimen de guerra busca proteger a las personas me-

nores de edad de los riesgos propios de los conflictos armados y en particular se busca asegurar su bienestar físico y psicológico. Se pretende no exponerlos a la violencia asociada con los conflictos armados y la interrupción de su vida cotidiana al separarlos de su familia e interrumpiendo su educación; al mismo tiempo que se le somete a un ambiente de violencia y temor (CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Sentencia de imposición de pena, 2012, párr. 38).

En los derechos humanos no hay un análisis sobre las consecuencias del reclutamiento en la integridad física y mental de las víctimas. En Vargas Areco, la CorteIDH rechaza esta práctica, pero las violaciones a los derechos humanos señaladas se enfocaban más a la forma en la que las personas menores de edad eran tratadas, con castigos corporales y miedo constante, más que por el reclutamiento en sí. Sin embargo, en este caso se ilustra muy bien el ambiente de violencia que viven las víctimas que son incorporadas de forma obligatoria a las fuerzas armadas (CorteIDH, Vargas Areco v. Paraguay, 2006, párrs. 130-132).

Entonces la esencia de la conducta es proteger a las personas menores de edad del ambiente de violencia física y mental que puede vivirse dentro de las fuerzas armadas; la cual se agrava cuando estas participan directamente en algún conflicto armado.

#### **4.3 Diferencia con otros crímenes de lesa humanidad**

Con base en la metodología empleada en Ongwen para identificar el matrimonio forzado como otro acto inhumano se hace un análisis de los elementos de las conductas que pudieran ser parecidas para ver si hay elementos distintivos que harían imposible la subsunción de la conducta propuesta en alguno de los crímenes de lesa humanidad expresamente previstos.

En este caso las diferencias se pueden constatar desde los verbos rectores. En ningún caso el reclutamiento voluntario u obligatorio; así como la utilización están previstos en los supuestos de crímenes de lesa humanidad. Tampoco hay supuestos en los que las víctimas necesariamente sean menores de 18 años de edad, de hecho, todos los crímenes de lesa humanidad pueden cometerse contra adultos o personas menores de edad de forma indistinta. El reclutamiento tiene un sujeto pasivo calificado que no está presente en ningún otro supuesto.

### 4.3 Prohibición de la conducta

Este requisito ya fue abordado en un apartado anterior. Solamente cabría precisar que el fundamento de la prohibición es el Protocolo Facultativo; por lo que se incluiría el reclutamiento forzado y voluntario; así como la utilización de menores de 18 años en las fuerzas armadas y en los grupos armados organizados.

### 4.5 Elementos contextuales

Este rubro se incluye con base en la metodología de los Elementos de los Crímenes, ya expuesta. En este rubro cabe destacar que en el ámbito del ECPI el reclutamiento es un crimen de guerra, por lo que el elemento contextual consiste en la existencia de un conflicto armado internacional o no internacional.

En el campo de los crímenes de lesa humanidad el elemento contextual es el ataque generalizado o sistemático contra la población civil, previsto en el encabezado artículo 7(1) y definido en el artículo 7(2)(a) del ECPI. Este ataque no necesariamente debe formar parte de un conflicto armado, puede llevarse a cabo en situaciones de violencia esporádica (Prosecutor v. Ongwen, Sentencia, 2021, párrs. 2680-2682).

Entonces es debatible si tiene sentido hablar de reclutamiento cuando no hay un conflicto armado. El caso Vargas Areco da cuenta de un reclutamiento forzado que se dio en tiempos de paz, por lo que es posible pensar que esto es posible. No obstante, hay que tener presente que los otros actos inhumanos exigen que haya un resultado; es decir, la provocación de graves sufrimientos y el daño a la integridad física o a la salud (mental o física) de las víctimas. Este resultado es más directo en el caso de un conflicto armado; sin embargo, en la medida en la cual el ataque contra la población civil implica actos de violencia este resultado también es posible. Solamente es necesario no perder de vista que es un elemento que exige el tipo penal de otros actos inhumanos y debe vincularse al ataque contra la población civil (Prosecutor v. Ongwen, Sentencia, 2021, párrs. 2674-2675).

## 5. Propuesta

Con base en el análisis precedente se puede elaborar una propuesta de los elementos que conformarían una eventual incorporación del reclutamiento como otro

acto inhumano. Esta se realizará siguiendo el esquema de los Elementos de los Crímenes; es decir, desglosando los elementos del crimen.

1. Que el autor haya reclutado forzosamente o reclutado voluntariamente a una o más personas a las fuerzas armadas nacionales o a grupos armados organizados o las haya utilizado para participar activamente en el ataque contra la población civil.
2. Que el reclutamiento forzado, el reclutamiento voluntario o la utilización de menores de 18 años haya causado grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
3. Que esa o esas personas hayan sido menores de 18 años.
4. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 18 años.
5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto (es decir, la naturaleza y gravedad del mismo).
6. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
7. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Con esta propuesta se incluyen las tres conductas previstas en el Protocolo Facultativo. Aunque en dicho tratado se hace una distinción entre las conductas prohibidas para las fuerzas armadas y los grupos armados organizados, se considera que no hay justificación para hacer esta distinción, con base en el elemento esencial de la propia acción.

En cuanto a las consecuencias, el desglose de los elementos de otros actos inhumanos incluye el resultado de causar graves sufrimientos o afectar la integridad física o la salud mental o física. En concordancia, cualquier otro acto inhumano identificado, como el reclutamiento debe incluir este resultado. Dicho de otra forma, incluir las conductas sin que se pueda identificar el daño no sería compatible con el ECPI y los Elementos de los Crímenes.

## Reclutamiento de personas menores de edad como un crimen de lesa humanidad...

La única circunstancia que se incluye como elemento normativo es la edad de la o las víctimas. A diferencia de los crímenes de guerra se utiliza el criterio del Protocolo Facultativo que incluye a adolescentes; es decir, menores de 18 años.

El primer elemento subjetivo que se incorpora es el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de que la víctima o las víctimas sean menores de 18 años. Se sigue la pauta de los crímenes de guerra en los que se reduce el umbral subjetivo previsto en el artículo 30 del ECPI. El segundo elemento subjetivo exige conocimiento (ya no solo la posibilidad de conocimiento) de los demás elementos del crimen. En particular, siguiendo lo señalado en los *Elementos del crimen*, conocimiento de los resultados que provoca el reclutamiento y la utilización de las víctimas.

Los últimos dos elementos son los contextuales y su correspondiente elemento subjetivo. Aquí simplemente se replica lo establecido en los Elementos de los Crímenes para todos los crímenes de lesa humanidad.

### 6. Conclusión

En este trabajo se hace una propuesta para incorporar el reclutamiento de menores como un crimen de lesa humanidad. Para llegar a esta fue necesario reconocer las diferencias que existen en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional de los conflictos armados en la materia. No obstante, se tomó como base la regulación en materia de derechos humanos, dado que en el ECPI ya estaba prevista esta práctica como crimen de guerra; es decir, con base en la regulación primaria de los conflictos armados.

Con el mismo criterio se excluyó la incorporación de adultos a las fuerzas armadas, conducta también prevista como violatoria del derecho internacional de los conflictos armados, pero que no contiene una prohibición similar en los derechos humanos.

Así, con base en la mecánica empleada por la CPI para delimitar los otros actos inhumanos y buscar cumplir, en la medida de lo posible, con el requisito de previsibilidad del principio de legalidad penal, se elaboró una propuesta de procedimiento para la identificación de conductas que pudieran ser otros actos inhumanos. Cabe destacar que en este estudio se propusieron requisitos adicionales no previstos hasta el

momento en la jurisprudencia como la exclusión de omisiones y la exigencia de un resultado material; pero que son necesarios para cumplir con lo previsto en el ECPI.

A la forma de identificación cabe agregar solamente que los pasos no son secuenciales, pues en ocasiones se sobreponen. Por ejemplo, la consecuencia, como elemento de la conducta, puede estar vinculada con la identificación del elemento esencial. Los tribunales y demás operadores deberán utilizar la cadena de análisis que mejor se ajuste al caso concreto.

Por último, se sugiere darle seguimiento a este estudio con otras cuestiones no resueltas por no formar parte del objeto de estudio planteado. Se puede replicar el método propuesto a otras conductas. Se puede buscar incorporar el reclutamiento al crimen de lesa humanidad de persecución, pues esta implica también a la violación de derechos humanos. Por último, sería también de utilidad analizar las leyes nacionales y las iniciativas que buscan incorporar el reclutamiento a la ley penal, posiblemente con el método de la equivalencia funcional.

### 7. Bibliografía

#### *Tratados internacionales y otros instrumentos internacionales*

- Convención sobre los Derechos del Niño. 2 septiembre 1990.
- Convenio de Ginebra III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. 12 de agosto 1949.
- Convenio de Ginebra IV relativo a la protección de la población civil. 12 de agosto 1949.
- Elementos de los Crímenes. 11 de junio 2010.
- Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, 16 de enero 2002.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional. 1o. de julio de 2002.
- Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949. 8 de junio 1977
- Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. 8 de junio 1977.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. 12 de febrero 2002.

## Artículos y capítulos de libros

- Atkins, Tiffany D., “These Brutal Indignities: The Case for Crimes Against Humanity in Black America” (2023) 111 *Kentucky Law Journal* 62 [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4355985](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4355985)
- Cassese, Antonio, “Crimes Against Humanity”, en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I (Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones, eds), Oxford, 2002.
- Graham, Luke David, “‘Austerity’ Policies as Crimes Against Humanity: An Assessment of UK Social Security Policy Since 2008”, (2018) 9 *Queen Mary Law Journal* 7: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/qmlj9&i=7>
- Hall, Christopher K., “Crimes Against Humanity”, en Rome Statute en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, (Otto Triffterer ed) 2ª Edición, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2008.
- Ventura, Manuel J., “The Illegal Use of Force (Other Inhumane Act) as a Crime Against Humanity: An Assessment of the Case for a New Crime at the International Criminal Court” (2017). Leila Nadya Sadat (ed.), *Seeking Accountability for the Unlawful Use of Force* (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), pp. 386-424, <https://ssrn.com/abstract=2996017>
- Werle, Gerhard y Jessberger, Florian, *Tratado de derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, 3ª Edición, CDMX, 2017.

## Jurisprudencia

- Corte IDH. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.
- CPI, Prosecutor v. Dominic Ongwen, Sentencia, Sala de primera instancia IX, 4 de febrero de 2021.
- CPI, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, Sala de cuestiones preliminares I, 30 de septiembre de 2008.
- CPI, Prosecutor vs. Lubanga, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, Sala de Primera Instancia I, 10 de julio 2012.

- CPI, Prosecutor vs. Ongwen, the appeal of Mr Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled “Trial Judgment” , ICC-02/04-01/15-2023, Sala de apelaciones, 15 de diciembre de 2022.
- CPI, Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, Sala de Primera Instancia I, 14 marzo 2012.
- CPI, Situación en la República de Myanmar, apertura de investigación, Sala de cuestiones preliminares III, 14 de noviembre de 2019.

## Notas periodísticas

- Yáñez, Brenda (28 de abril 2023) “Los niños reclutados por el narco: legisladores buscan tipificarlo como delito”. *Expansión*, Política. <https://politica.expansion.mx/mexico/2023/04/28/ninos-reclutados-crimen-organizado-tipificar-delito>.
- Aristegui Noticias (28 de septiembre 2023) “Reclutamiento forzado no está tipificado en México, no se puede sancionar a nadie por ello”. *Aristegui Noticias* <https://aristeguinoticias.com/2809/mexico/reclutamiento-forzado-no-esta-tipificado-en-mexico-no-se-puede-sancionar-a-nadie-por-ello-tejiendo-redes-infancia/>
- Mayoral G (24 de septiembre 2023) “Presentan iniciativa para prohibir el reclutamiento de menores en actividades delictivas”. *Crónica*. <https://www.cronica.com.mx/metropoli/presentan-iniciativa-prohibir-reclutamiento-menores-actividades-delictivas.html>



## El debido proceso y las garantías de la persona imputada, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

**José Roberto Izaguirre Santos**

*Abogado y máster en Derecho Empresarial, Universidad Tecnológica Centroamericana (UNITEC)  
Coordinador del Programa de Capacitación a Fiscales de NCSC-Honduras*

**RESUMEN:** La construcción de un verdadero estado democrático de derecho es, sin duda, uno de los mayores retos que tienen los Estados, esto implica un absoluto respeto a la dignidad que tiene toda persona, con lo cual, estos tienen la obligación de prevenir, investigar, juzgar y reparar cualquier violación a los derechos humanos. El debido proceso es un derecho fundamental, su ámbito de aplicación no solamente debe respetarse en los juicios penales, sino en cualquier proceso donde esté en discusión o haya una controversia de derechos o intereses de cualquier persona. El debido proceso está constituido por una serie de garantías mínimas, donde los Estados están subordinados al respeto de lo dispuesto en los diferentes instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, las constituciones políticas y las leyes. Cualquier violación cometida por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que afecte o que cause un daño a las personas, hará responsable al Estado que las infrinja. En el ámbito regional del sistema de protección de los derechos humanos en América, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) pasan en autoridad de cosa juzgada formal y material y tienen un efecto inmediato entre las partes y un efecto indirecto para todos los Estados que forman parte del sistema de protección de derechos humanos, por haber ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José, teniendo efectos erga omnes, es decir, obligan no solo a los Estados parte del proceso objeto de la decisión, sino también a los que no participaron del juicio como parte.

**PALABRAS CLAVE:** Debido proceso, derecho de defensa, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## El debido proceso y las garantías de la persona imputada, conforme a la jurisprudencia de la CIDH

**ABSTRACT:** *The construction of a true democratic state of law is undoubtedly one of the greatest challenges that states have, this implies absolute respect for the dignity of every person, with which they have the obligation to prevent, investigate, prosecute, and repair any violation of human rights. Due process is a fundamental right, its scope of application must not only be respected in criminal trials, but also in any process where it is under discussion or there is a dispute over the rights or interests of any person. Due process, which is constituted by a series of minimum guarantees, where the states are subordinated to the respect of the provisions of the different universal and regional instruments for the protection of human rights, political constitutions, and laws. Any violation committed by any public authority, be it administrative, legislative, or judicial, that affects or causes harm to people, will make the state responsible for the violation. At the regional level of the human rights protection system in the Americas, the judgments of the Inter-American Court of Human Rights (CIDH) pass into the authority of formal and material res judicata and have an immediate effect between the parties and an indirect effect for all states that are part of the system for the protection of human rights, for having ratified the American Convention on Human Rights (CIDH) or Pact of San José, having erga omnes effects, that is, they oblige not only the states parties to the process subject to the decision, but also to those who didn't participate in the trial as a party.*

**KEYWORDS:** *Due process, right of defense, Inter-American Court of Human Rights.*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Orígenes del debido proceso. 3. Concepto de debido proceso y garantías procesales que lo conforman. 3.1. Juez competente, independiente e imparcial. 3.2. Presunción de inocencia. 3.3. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada. 3.4. Oportunidad y medios adecuados para preparar la defensa/Derecho a interrogar testigos y peritos y hacer que comparezcan a estrados judiciales. 3.5. Derecho a ejercer la defensa. 3.6. Derecho a un plazo razonable. 3.7. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. 3.8. Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. 3.9. Derecho del inculpado absuelto por una sentencia firme a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos: principio de ne bis in ídem. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

## 1. Introducción

El debido proceso constituye un derecho humano, al ser un derecho fundamental solo puede considerarse satisfecho si se han respetado y cumplido las normas que la constituyen y, de igual manera, cada una de manera separada. Estas garantías mínimas constituyen un medio para asegurar en la mayor medida posible la solución justa de una controversia, estos actos sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho y que son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa, cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial.

En relación al debido proceso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su artículo 8.1 establece:

Toda persona tiene derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...

La corte ha pronunciado en su amplia jurisprudencia que el debido proceso abarca: “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.<sup>1</sup>

El derecho a un debido proceso legal es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más usual en que los operadores

<sup>1</sup> Sentencia de la Corte IDH, Loayza Tamayo vs. Perú.

de los sistemas de justicia hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Ello por cuanto el debido proceso, o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho de defensa procesal”<sup>2</sup> es una garantía procesal que debe estar presente en toda clase de procesos, no solo en aquellos de orden penal, sino de tipo civil, administrativo o de cualquier otro tipo.

El derecho a un debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana, en cualquier tipo de proceso, entendido este como “aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto”.<sup>3</sup>

Es así que el derecho de defensa esta concatenado con el debido proceso, pues una violación a este precepto da origen a infracciones esenciales para asegurar el desarrollo de un juicio bajo el respeto de garantías fundamentales. El derecho de defensa constituye una garantía básica del proceso penal, mediante el cual el acusado de un delito o falta ejerce actos o acciones materiales o formales para afrontar una acusación presentada por un acusador. En los países donde está asentado los valores propios de un sistema jurídico de legitimación democrática, está consagrado el derecho de defensa y otras garantías que tiene el imputado o acusado, mismos que están reconocidos en las legislaciones internas y en los diferentes instrumentos internacionales sobre protección de derechos humanos, garantías que deben ser respetadas en todo proceso penal, sobre todo, cuando la persona sufre una limitación ya sea de manera preventiva o definitiva de ciertos derechos fundamentales como resultado de un proceso en su contra.

## 2. Orígenes del debido proceso

El antecedente más remoto en relación al debido proceso se encuentra en la época del reinado del monarca inglés Juan Sin Tierra, donde los barones, obispos y burgueses de esa época se quejaban por la imposición de la pena de muerte sin la celebración de un juicio

previo, por actos cometidos en contra de la corona o por no pagar tributos. Ante un proceso arbitrario, tomó fuerza el término *debido proceso*, donde se estableció por primera vez en la carta magna del 17 de junio de 1215, en su numeral 39 establecía lo siguiente:

Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestando de alguna manera; y no dispondremos de él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país.<sup>4</sup>

Es así que se inició un procedimiento garante, donde se escuchaba a las partes y admitía que la persona acusada evacuara prueba, con lo cual Inglaterra implementó el debido proceso, donde la imposición de una pena se haría efectiva siempre y cuando la persona haya sido oída en un proceso legal. Posteriormente la Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia. Posteriormente recibió 30 confirmaciones de otros monarcas ingleses; las más destacadas, de Enrique III en 1225 y de Eduardo III en 1323. La frase *law of the land* es el antecedente más remoto del concepto *due process of law*, el surgimiento del mismo se encuentra en el derecho anglosajón.

## 3. Concepto del debido proceso y garantías procesales que lo conforman

El debido proceso está conformado por diversas garantías mínimas, de esta manera, en principio “deben observarse en las instancias procesales con el fin de proteger el derecho de los individuos a que se resuelven con la máxima justicia posible”, por un lado, la culpabilidad o inocencia y, por otro, “las controversias que se susciten entre dos partes —sean ellas particulares u órganos del Estado y sea que se refieren a materias que estén o no en el ámbito de derechos humanos—”.<sup>5</sup> Debe resaltarse que el debido proceso está relacionado con el acceso a la justicia. Por ello, se refirió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso Ruano Torres

<sup>2</sup> Corte IDH, Caso Genie Lacayo contra Nicaragua, Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74.

<sup>3</sup> Doctrina que recoge la Corte IDH.

<sup>4</sup> PACHECO, Máximo (Editor), 1987, *Los derechos humanos. Documentos básicos*, Santiago Chile, 1987. página 6.

<sup>5</sup> Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párrafo 2. Corte IDH, caso de Los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú.

## El debido proceso y las garantías de la persona imputada, conforme a la jurisprudencia de la CIDH

y otros vs. El Salvador, dictada el 05 de octubre de 2015, donde estableció lo siguiente:

151. La Corte ha señalado que el derecho al debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en las condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia no solo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida de lo posible, su solución justa.

Dentro de esas garantías mínimas, encontramos las siguientes.

### 3.1 Juez competente, independiente e imparcial

Según lo establecido en el artículo 8.1 de la convención, el juez condecorador del proceso debe ser competente, independiente e imparcial, lo que nos remite a la impartición de justicia por un juez natural<sup>6</sup>, la corte ha enfatizado que el juez natural debe regir en todas las etapas del proceso, “el juez, como director del proceso, debe velar por que se cumplan a cabalidad las reglas del debido proceso de las partes”, ya que el incumplimiento de estas “podría acarrear la aplicación de reglas de nulidad”.<sup>7</sup> En relación con la garantía de independencia, se debe entender como la autonomía

<sup>6</sup> El principio del *juez natural* o regular significa que ninguna autoridad puede determinar la composición de un tribunal para que juzgue un caso concreto, después de concurridos los hechos que motivan el juzgamiento, preservando la imparcialidad e independencia de quienes administran justicia. Su origen se encuentra en el feudalismo, cuando se exigía como requisito para ser juzgado que el juez condecorador del proceso tuviera su domicilio dentro de la localidad a la que pertenecía la persona acusada. De esa manera se aseguraba que el juzgador conociera las costumbres del lugar de residencia del imputado, al ser una persona con los mismos conocimientos y capacidad de comprensión de la situación. Por ello se relaciona con el derecho anglosajón, como el antecedente más remoto del sistema de jurados, donde el acusado es juzgado por sus propios pares.

<sup>7</sup> Corte IDH, caso Mejía Idrovo vs. Perú, párrafo 129, y caso Usón Ramírez vs. Venezuela, párrafo 109.

de la cual debe tener todo juez en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ya sea en relación a otros tribunales u otro órgano del Estado, como base del principio de separación de poderes. En relación con la imparcialidad, constituye la actitud que debe tener el órgano jurisdiccional al momento de tomar una decisión en un caso concreto, de manera que carezca de prejuicios o parcialidades.<sup>8</sup>

La independencia judicial constituye un pilar fundamental en todo Estado democrático de derecho, pues al contar con jueces que realicen la actividad jurisdiccional sin ningún tipo de injerencias internas y/o externas se garantiza una adecuada administración de justicia y también genera confianza en la ciudadanía en general, al momento de dirimir algún conflicto ante los diferentes juzgados o tribunales. Con respecto a esto, la corte ha establecido: El artículo 8.1 reconoce que “toda persona tiene derecho a ser oída [...] por un juez o tribunal [...] independiente”. Los términos en que está redactado este artículo indican que el sujeto del derecho es el justiciable, la persona situada frente al juez que resolverá la causa que se le ha sometido. De ese derecho surgen dos obligaciones. La primera, del juez, y la segunda, del Estado. El juez tiene el deber de ser independiente, deber que cumple cuando juzga únicamente conforme a —y movido por— el derecho. Por su parte, el Estado tiene el deber de respetar y garantizar, conforme al artículo 8.1 de la convención, el derecho a ser juzgado por un juez independiente. El deber de respeto consiste en la obligación negativa de las autoridades públicas de abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes, es decir, con relación a la persona del juez específico. El deber de garantía consiste en prevenir dichas injerencias e investigar y sancionar a quienes las cometan. Además, el deber de prevención consiste en la adopción, conforme al artículo 2 de la convención, de un apropiado marco normativo que asegure un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad de los jueces y las demás condiciones ya analizadas en el Capítulo VI de la presente sentencia.<sup>9</sup>

Como garantía para los justiciables, los jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y se encuentran tan solo sometidos a la

<sup>8</sup> MEDINA, Quiroga Cecilia, *La Convención Americana, teoría y jurisprudencia*, párrafo 298.

<sup>9</sup> Corte IDH, Reverón Trujillo vs. Venezuela, párrafo 146.

Constitución y a la ley, con estricto respecto al principio de jerarquía normativa. En el ejercicio de la jurisdicción, los jueces no se encuentran sometidos a autoridades judiciales superiores, sin perjuicio de la facultad de estas de revisar las decisiones jurisdiccionales a través de los recursos legalmente establecidos, y de la fuerza que cada ordenamiento nacional atribuya a la jurisprudencia y a los precedentes emanados de las cortes supremas y tribunales supremos.<sup>10</sup>

En relación a la imparcialidad, la corte ha establecido que:

... la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respeto de la ausencia de imparcialidad. La imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brinda elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona.<sup>11</sup>

Para garantizar la imparcialidad y la independencia judicial, la corte hace énfasis en la recusación, estableciendo:

... la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado, actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción. En efecto, la recusación otorga el derecho a las partes de instar a la separación de juez cuando, más allá de la conducta personal del juez cuestionado, existen hechos demostrables o elementos convincentes que produzcan temores fundados o sospechas legítimas de parcialidad sobre su persona, impidiéndose de este modo que su decisión sea vista como motivada por razones ajenas al Derecho y que, por ende, el funcionamiento del sistema judicial

sea vea distorsionado. La recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales.<sup>12</sup>

### 3.2 Presunción de inocencia

En el proceso penal, el acusado estará enfrentado al poder punitivo del Estado, es decir que se encuentra en una clara situación de desventaja, pues está siendo imputado por la comisión u omisión de un ilícito, por lo cual, es necesario que cuente con una serie de garantías que le sirvan de protección. Es por ello que dicho principio constituye uno de los principales derechos durante la tramitación de un proceso, lo que en todo caso implica que el acusador es el encargado del *onus probandi*,<sup>13</sup> para llegar a un fallo legítimo de condena.

La corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia “constituye un fundamento de las garantías judiciales”<sup>14</sup> “al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”,<sup>15</sup> de modo, que tal principio “es un elemento esencial para la realización del derecho de defensa”.<sup>16</sup>

El principio de inocencia tiene una doble dimensión. En primer lugar, es regla probatoria y, por otro lado, regla de tratamiento diferente del imputado.<sup>17</sup> La presunción de inocencia es un principio que hoy día es considerado como fundamental en todo proceso penal.<sup>18</sup> Hasta que no exista una sentencia firme con-

<sup>12</sup> Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, párrafo 63. Sentencia de fecha 5 de agosto de 2008.

<sup>13</sup> Locución latina empleada para indicar que la carga de la prueba incumbe al actor que alega un hecho o reclama un derecho, que queda obligado a probar su existencia. La carga de la prueba no puede trasladarse a quien precisamente soporta la imputación, pues ello es un deber establecido en las constituciones políticas y una obligación por parte del Ministerio Público o acusador privado en los delitos perseguidos a instancia particular.

<sup>14</sup> Corte IDH, caso Suarez Rosero vs. Ecuador, párrafo 128.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Corte IDH, Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costa. Sentencia de 31 de agosto de 2004.

<sup>17</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés, “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 9, N°13.

<sup>18</sup> Llobet, Javier, *La prisión...*, pp. 49-62; Llobet, Javier, *Die Unschuldsvermutung...*, pp. 27-32. El principio fue reconocido por la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

<sup>10</sup> Artículos 1 y 4 del Estatuto del Juez Iberoamericano, aprobado en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001.

<sup>11</sup> Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009.

## El debido proceso y las garantías de la persona imputada, conforme a la jurisprudencia de la CIDH

denatoria, dictada con posterioridad a un juicio oral y público, lo único que puede justificar la limitación de la libertad de una persona (coerción procesal) será un eventual peligro para los fines del proceso (llegar a la verdad material y eficacia del procedimiento).

### 3.3 Comunicación previa y detallada al inculpaado de la acusación formulada

De acuerdo con la jurisprudencia de la corte, para satisfacer lo contemplado en el artículo 8.2.b):

El Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos.<sup>19</sup>

Esta información debe ser: “expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho de defensa y muestre al juez su versión de los hechos”.<sup>20</sup> De acuerdo con la corte:

... la descripción material de la conducta imputada debe contener los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de estos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación.<sup>21</sup>

La congruencia entre acusación y sentencia constituye un elemento del debido proceso, también forma

parte del derecho de defensa del imputado, ya que este no podría ejercer su defensa si el tribunal condecorador de la causa considera y tiene como acreditados hechos totalmente diferentes a los contenidos en la acusación. Como elemento del sistema acusatorio, requiere que sean las partes y no los jueces los que delimiten la *litis*, y que sea el Ministerio Público el que solicite la intervención de la jurisdicción, estableciendo cuáles son los límites dentro de los cuales la jurisdicción debe resolver, es decir, la actividad del juez debe de ser provocada por el ejercicio de la acción penal y sostenida durante todo el proceso por esta misma institución, que además establezca cuáles son los límites dentro de los cuales el tribunal penal debe resolver; o, expresado de otra manera, del principio acusatorio se deriva la correlación que debe existir entre acusación y sentencia, y para ello, lo más importante será determinar, desde el punto de vista dogmático y práctico, cuál es el objeto del proceso penal, ya que la determinación de ese objeto es solo función de las partes, y la sentencia debe guardar correlación con dicho objeto.<sup>22</sup>

### 3.4 Oportunidad y medios adecuados para preparar la defensa/derecho a interrogar testigos y peritos y hacer que comparezcan a estrados judiciales

Este derecho está íntimamente relacionado con lo desarrollado en la anterior garantía. Siendo así, si a una persona no se le ofrece la oportunidad de conocer todos los detalles de la acusación en su contra, en el tiempo y la forma establecidos en la convención, ocasionaría un obstáculo para la preparación de la defensa. Este derecho comprende la obligación que tiene el Estado en permitir “el acceso del inculpaado al conocimiento del expediente llevado en su contra”,<sup>23</sup> respetando el principio del contradictorio, “que garantiza la intervención del inculpaado en el análisis de la prueba”.<sup>24</sup>

La Corte ha establecido:

... no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa, como

<sup>19</sup> Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, párrafo 187 y caso Barreto Leiva vs. Venezuela, párrafo 28.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> Corte IDH. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, párrafo 67. Sentencia de 20 de junio de 2005.

<sup>22</sup> CÁRDENAS, Raúl, *La garantía de correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Editorial Porrúa, México, 2005, página 15.

<sup>23</sup> Corte IDH, caso Palamara Iribane vs. Chile, párrafo 170 y Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrafo 156.

<sup>24</sup> Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, párrafo 54.

la recepción de los testimonios de los miembros de la DINCOTE que participaron en la captura de Cantoral Benavides y en la elaboración del atestado inculpativo; tampoco pudo conseguir que se celebrara la confrontación pericial tendiente a esclarecer las divergencias que arrojaron los dos peritajes grafológicos practicados en el proceso...<sup>25</sup>

Al obstaculizar que el abogado defensor cuente con los elementos para ejercer el derecho de una defensa técnica, se vio seriamente lesionado este derecho, pues no se permitió evacuar la prueba testifical, de mucha importancia para esclarecer la participación de la víctima en los hechos atribuidos al acusado, así como los peritajes. Siendo así, no solamente es conocer los detalles de la acusación, sino la oportunidad de interrogar a testigos y peritos de la parte contraria, materializándose un verdadero contradictorio como parte de un sistema acusatorio.

### 3.5 Derecho a ejercer la defensa

El derecho de defensa propiamente dicho consiste en una garantía básica en un debido proceso, lo cual implica que la intervención del defensor técnico da legitimación al proceso y las resoluciones que dicte oportunamente el juez conocedor de la causa. La importancia del derecho de la defensa técnica es tan fundamental en el proceso que su vulneración necesariamente ocasiona en la violación del debido proceso, pues la defensa abarca toda manifestación de acción u omisión tendente a demostrar la inocencia.

Hay una estrecha relación entre la presunción de inocencia y el derecho de defensa, pues para enervar el estado de inocencia se requiere la existencia de una sentencia condenatoria firme, dictada en un proceso donde se haya respetado el debido proceso y se hayan dado al acusado las garantías necesarias para su defensa. Es así como:

... el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no

ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.<sup>26</sup>

Como lo establece la convención, “el inculcado tiene derecho a defenderse personalmente, ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”.<sup>27</sup> En la opinión consultiva OC 11/90 la corte determinó que:

... los literales d) y e) del artículo 8.2 expresan que el inculcado tiene derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y que si no lo hiciera tiene derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna.

El derecho a la defensa es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. El derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. El derecho a la defensa se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculcado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.<sup>28</sup>

De lo anterior, se puede decir que el derecho de defensa comprende un contenido material y otro denominado formal: la denominada de material<sup>29</sup> y la

<sup>26</sup> Corte IDH, caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párrafo 154.

<sup>27</sup> Artículo 8.2.d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>28</sup> Corte IDH, caso Ruano Torres vs. El Salvador, párrafo 154.

<sup>29</sup> Se conoce como “defensa material” la reacción propia de la persona perseguida penalmente mediante una acusación penal por un acusador público y/o privado, quien, a través de sus manifestaciones en el proceso, puede referirse a los hechos fácticos acusados-que consolida su estado de inocencia, o simplemente invocar tal estado y abstenerse de efectuar toda otra consideración. Ver VIVAS USSHER, Gustavo, *Derecho procesal penal*, tomo I, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1999, página 362.

<sup>25</sup> Corte IDH, caso Cantoral Benavides vs. Perú, párrafo 127.

## El debido proceso y las garantías de la persona imputada, conforme a la jurisprudencia de la CIDH

defensa técnica.<sup>30</sup> La primera es la realización que hace el propio imputado, estar presente en los actos del proceso incoado en su contra, el derecho que tiene a declarar o abstenerse de hacerlo. La segunda es la representación por un profesional del derecho para representarlo, sea eligiendo uno de su confianza o, si no tiene los medios económicos, el Estado le nombrará un defensor de oficio o defensor público.

### 3.6 Derecho a un plazo razonable

Según la Corte IDH, en materia penal el plazo de duración debe comprender los recursos de instancia que eventualmente pudieran presentarse, entendiéndose como un todo en su integralidad, no solo la primera instancia, sino también las subsecuentes que llegarán a integrarlo.<sup>31</sup> El plazo razonable no es un concepto fácil de definir, la corte ha señalado que el derecho de acceso a la justicia “debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable”.<sup>32</sup> Teniendo en consideración que en el proceso penal el imputado está en una situación de desventaja, tal como se expresó anteriormente, pues no solamente está sujeto a una imputación, sino también está sujeto a medidas cautelares que limitan derechos fundamentales durante la tramitación del proceso en su contra, por eso la exigencia que el proceso debe finalizar en un plazo razonable y determinar la culpabilidad o inocencia de la persona acusada. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, por sí misma, una violación a las garantías judiciales.<sup>33</sup> Tal como lo establece la jueza Medina Quiroga en su voto disidente en el caso López Álvarez vs. Honduras, los procesos a que dan origen las acciones que interpone una persona:

... no son recursos rápidos y simples que deban resolverse en días y sin mayor trámite. Por el contrario, el plazo que se da al Estado para concluir los procesos se

contará probablemente no en días ni en meses, sino que a menudo en años, ya que se requiere un tiempo considerable para que se resuelva en un juicio un asunto de fondo, ya sea de carácter penal o civil, porque hay que darles a las partes la posibilidad, *inter alia*, de buscar pruebas, presentarlas a juicio, objetar las del contrario y hay que darle al tribunal la posibilidad de ponderar todo esto con cuidado. De ahí que el plazo debe ser “razonable”, lo que significa que no puede ser demasiado largo, pero tampoco demasiado corto.<sup>34</sup>

En relación a lo anterior, la corte se ha ocupado de explicar los parámetros para establecer un plazo razonable, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la determinación de la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla un proceso, la corte ha considerado cuatro elementos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales,<sup>35</sup> y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo.<sup>36</sup> Es importante mencionar que la corte también destaca que, en la valoración de dicho plazo razonable, debe observarse también la legislación nacional sobre la materia.<sup>37</sup>

### 3.7 Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

Esta garantía de gran importancia, al tratarse de un proceso acusatorio, impide se instauren principios propios de un sistema inquisitivo. Del derecho de abstención de declarar se deriva en primer lugar: que debe ser advertido el imputado sobre dicho derecho, igualmente, informarle sobre el contenido de la acusación y decidir si declara o no, en el caso de acceder, tiene que ser libre de todo juramento o promesa de decir la verdad.<sup>38</sup> La corte ha establecido que el

<sup>30</sup> Enfocado genérica y procesalmente, el defensor es el asesor técnico en derecho (*ius perito*) de los sujetos privados en litigio penal, que interviene para asistirlos profesionalmente en lo estratégico, cognoscitivo y jurídico-constitucional, sustancial y formal.

<sup>31</sup> Corte IDH, caso Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de fecha 19 de noviembre de 1999, párrafo 222.

<sup>32</sup> Corte IDH, caso Suarez Rosero vs. Ecuador, sentencia de fecha 12 de noviembre de 1997, párrafo 73.

<sup>33</sup> Corte IDH, caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, párrafo 145.

<sup>34</sup> Voto disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párrafo 3. Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras.

<sup>35</sup> Corte IDH, caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, párrafo 77.

<sup>36</sup> Corte IDH, caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2008, párrafo 155.

<sup>37</sup> Corte IDH, caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Sentencia de fecha 7 de junio de 2003, párrafo 130.

<sup>38</sup> El derecho de abstenerse de declarar fue recogido en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, en la que se indicó que no puede “... obligarse (al acusado) a testificar contra sí mismo...” (VIII). En peces Barba y otros (Editores), *op. cit.*, párrafo 103. Posteriormente fue previsto

“desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales”, tales como el derecho a no autoincriminarse, “que hoy día figura en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados”.<sup>39</sup> En relación con la confesión, la corte ha entendido “el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos”. De acuerdo con el tribunal, también “pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existen contienda”. En ese sentido, la confesión ha sido considerada por la corte como un acto dentro del proceso que posee “especial trascendencia para la definición de ciertas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades del justiciable”.<sup>40</sup>

Al respecto, la convención en su artículo 8.3 establece que la confesión del inculpado será válida únicamente si se efectuó “sin coacción de alguna naturaleza”.<sup>41</sup> Es decir, no será legal si la misma proviene de un acto que proviene de torturas (física o psíquica). En el caso *Tibi vs. Ecuador*, la corte estableció:

90.50 Durante su detención en marzo y abril de 1996 en la Penitenciaría del Litoral, el señor Daniel Tibi fue objeto de actos de violencia física y amenazado, por parte de los guardias de la cárcel, con el fin de obtener su autoinculpación.

Recibiendo varios golpes y quemaduras en varias partes del cuerpo, incluyendo descargas eléctricas en los testículos. En dicha sentencia, en el párrafo 149 la corte se pronuncia en relación a las torturas ejercidas por autoridad estatal:

... los actos de violencia perpetrados de manera intencional por agentes del Estado contra el señor Daniel Tibi

al aprobarse la V enmienda a la Constitución Federal de los Estados Unidos de América el 15 de diciembre de 1791, en la que se dispuso; “... no podrá obligarse a nadie a que en causa criminal declare en contra de sí mismo...”.

<sup>39</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva oc-16/99, *op. cit.*, párrafo 117.

<sup>40</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva oc-17/02, párrafo 128.

<sup>41</sup> Corte IDH, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, párrafo 132 y 133. Sentencia 18 de agosto de 2000.

produjeron a éste grave sufrimiento físico y mental. La ejecución reiterada de estos actos violentos tenía como fin disminuir sus capacidades físicas y mentales y anular su personalidad para que se declarara culpable de un delito. En el caso *sub judice* se ha demostrado, además, que la presunta víctima recibió amenazas y sufrió hostigamientos durante el período de su detención, que le produjeron pánico y temor por su vida. Todo ello constituye una forma de tortura, en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana.<sup>42</sup>

### 3.8 Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior

Este derecho garantiza al acusado utilizar los instrumentos procesales (recursos) que sean necesarios para la obtención de una sentencia motivada, coherente y lógica, que la misma pueda ser cuestionada, en el caso que se encuentren vicios de forma o fondo, a efecto de que sean revisados y resueltos por un órgano superior. En decir, no puede haber ningún obstáculo para tener un acceso a la justicia o a los recursos legalmente establecidos, “una sentencia arbitraria nunca puede ser justa”.<sup>43</sup>

La Corte IDH ha establecido que el derecho a recurrir el fallo es “una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”, que “procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho”.<sup>44</sup> En ese mismo orden de ideas, la corte también señala, “debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada”.<sup>45</sup>

En así como queda establecido en la sentencia *Herrera Ullua vs. Costa Rica*, el derecho a impugnar lo que busca es proteger el derecho a la defensa, en la medida que otorga “la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> *Idem.*

<sup>43</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Editorial Hammurabi, 1999.

<sup>44</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ullua vs. Costa Rica*, párrafo 158 y 161 y caso *Mohamed vs. Argentina*, párrafo 97.

<sup>45</sup> Corte IDH, caso *Herrera Ullua vs. Costa Rica*, párrafo 158 y caso *Mohamed vs. Argentina*, párrafo 99.

<sup>46</sup> *Idem.*

## El debido proceso y las garantías de la persona imputada, conforme a la jurisprudencia de la CIDH

El derecho de impugnar una sentencia garantiza una revisión integral del fallo (cuestiones de hecho y de derecho) por un órgano de mayor jerarquía, antes que la misma adquiera la calidad de cosa juzgada. La posibilidad de error, según lo expresa De Diego Diez, puede afectar a: la aplicación e interpretación de las normas procesales que rigen la tramitación de los procesos; la aplicación e interpretación de las normas materiales empleadas en la resolución del litigio, esto es, la realización del juicio de derecho para resolver la cuestión de fondo; la actividad desplegada para lograr la fijación del relato fáctico, es decir, la actividad de interpretación y valoración de la prueba en post de la realización del juicio de hecho.<sup>47</sup>

### 3.9 Derecho del inculgado absuelto por una sentencia firme a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos: principio de *ne bis in idem*

El principio de *non bis in idem* (no dos veces lo mismo), también referido con el término *ne bis in idem*,<sup>48</sup> se garantiza que ninguna persona podrá ser enjuiciada nuevamente por los mismos hechos que ya hayan sido juzgados por resolución judicial firme. Este derecho está relacionado con la cosa juzgada, cuyo antecedente es una sentencia firme, misma que constituye una garantía de legalidad y seguridad jurídica que limita el poder del *ius puniendi*, por eso, la frase no juzgar doblemente por los mismos hechos. Este derecho se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia de un proceso con unos mismos sujetos e idéntica infracción delictiva.<sup>49</sup>

Así, el artículo 8.4 de la convención se refiere que este principio está sustentado en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que ha sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada.<sup>50</sup> La corte también ha establecido en su juris-

prudencia que este derecho no es absoluto y que, no resulta aplicable cuando:

- i) La actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales<sup>51</sup> o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.<sup>52</sup>

De esta manera, una sentencia dictada en dichas circunstancias produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”, es decir, que resulta “de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”.<sup>53</sup>

Lo que el principio proscribe es la duplicidad de sanciones para un “mismo sujeto”, por un “mismo hecho” y por sanciones que tengan “un mismo fundamento” o, dicho de otro modo, que tutelén un mismo bien jurídico. Mas aún, parece el principio también expresión de la interdicción de la arbitrariedad en el actuar de los poderes públicos, pues nada más arbitrario que el terror penal, ya sea expresión del propósito del legislador, ya de su falta de cuidado técnico legislativo, variante última a la que suelen obedecer en la actualidad el nacimiento de supuestos *ne bis in idem*.<sup>54</sup>

## 4. Conclusiones

El debido proceso es el conjunto de garantías más violentado, ello lleva consigo una imagen negativa de un Estado de derecho consolidado, de la función jurisdiccional, del actuar de los funcionarios de la administración pública, especialmente cuando están ligados al sector justicia. Esto hace responsable al Estado, quien responderá por la infracción a derechos

<sup>47</sup> DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, *Teoría general de los recursos (Prontuario de Derecho Procesal número 2)*, OIM Editorial, Tegucigalpa, 2014, p.30.

<sup>48</sup> En la doctrina significa: nadie puede ser enjuiciado por los mismos hechos que haya sido juzgado por resolución firme en un tribunal penal.

<sup>49</sup> BEREGGER, Enrique y CUSSAC Jose, *Introducción al derecho penal, Parte general*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, página 77.

<sup>50</sup> Corte IDH, caso Mohamed vs. Argentina, párrafo 125.

<sup>51</sup> Corte IDH, caso Cantoral Benavides vs. Perú, párrafos 137-139 y caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, párrafo 195.

<sup>52</sup> Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párrafo 154.

<sup>53</sup> Corte IDH, caso Carpio Nicole y otros vs. Guatemala, párrafo 131.

<sup>54</sup> ZAPATERO, Luis Arroyo, “Derecho penal y Constitución”, *Curso de derecho penal, Parte general*, 3era edición, Ediciones Experiencia, 2016. P. 137.

fundamentales de las personas, incluyendo la no repetición de los mismos.

Los diferentes instrumentos internacionales en relación a la protección de los derechos humanos hacen vinculante a los Estados parte que los han ratificado, independientemente de la jerarquía constitucional que cada Estado les atribuya, respetando el principio de convencionalidad, lo que implica que los Estados no pueden invocar el derecho interno para no cumplir con lo estipulado en el derecho internacional.

Las garantías establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos deben ser respetadas y los Estados deben aplicar los correctivos, cuando haya violaciones. La Corte IDH, en su amplia jurisprudencia, ha hecho énfasis en la obligación del respeto a la dignidad humana.

## 5. Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Editorial Hammurabi, 1999.
- CARDENAS, Raúl, *La garantía de correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Editorial Porrúa, México, 2005.
- DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, *Teoría general de los recursos (Prontuario de Derecho Procesal número 2)*, OIM Editorial, Tegucigalpa, 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia 26 de septiembre de 2006.
- , Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Sentencia 5 de agosto de 2008.
- , Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia 17 de noviembre de 2009.
- , Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia 18 de agosto de 2000.
- , Caso Carpio Nicole y otros vs. Guatemala. Sentencia 10 de julio 2007.
- , Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentencia 20 de junio de 2005.
- , Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997.
- , Caso Herrera Ullua vs. Costa Rica. Sentencia 2 de julio 2004.
- , Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago. Sentencia 31 de agosto de 2001.
- , Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Sentencia 7 de junio de 2003.
- , Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia 27 de noviembre de 1998.
- , Caso Mohamed vs. Argentina. Sentencia 23 de noviembre 2012.
- , Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia 24 de octubre 2012.
- , Caso Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de fecha 19 de noviembre de 1999.
- , Caso Palamara Iribane vs. Chile. Sentencia 22 de noviembre de 2005.
- , Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia 30 de junio de 2009.
- , Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia 31 de agosto de 2004.
- , Caso Ruano Torres vs. El Salvador. Sentencia 5 de octubre 2015.
- , Caso Suarez Rosero vs. Ecuador, sentencia 12 de noviembre de 1997.
- , Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia 7 de septiembre de 2004.
- , Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Sentencia 20 de noviembre 2009.
- , Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2008.
- , Opinión consultiva oc 11/90.
- , Opinión Consultiva oc-16/99.
- , Opinión Consultiva oc-17/02.
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés, “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 9, N°13.
- LLOBET, Javier, *Prisión preventiva. Límites constitucionales*, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, San José, Costa Rica, 1997.
- MEDINA, Quiroga Cecilia, *La Convención Americana, teoría y jurisprudencia*. Santiago Chile, Universidad de Chile.
- PACHECO, Máximo (Editor), 1987, *Los derechos humanos. Documentos básicos*, Santiago Chile, 1987.
- VIVAS USSHER, Gustavo, *Derecho procesal penal, Tomo I*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1999.
- ZAPATERO, Luis Arroyo, “Derecho penal y Constitución”, *Curso de derecho penal, Parte general*, 3era edición, Ediciones Experiencia, S.L., 2016.



## La Academia Mexicana de Criminalística: Un referente histórico y científico de los servicios periciales

**Eliseo Lázaro Ruiz**

*Investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE); miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnologías; y miembro de la Academia Mexicana de Criminalística (AMC).  
Correo electrónico: eliseo.lazaro@inacipe.gob.mx*

**RESUMEN:** El presente texto analiza la importancia y los aportes de la Academia Mexicana de Criminalística como un referente histórico y científico de los servicios periciales, asimismo, identifica la relación de fondo que existe entre la ciencia, las comunidades científicas y la evidencia en el procedimiento penal acusatorio. Se presenta una línea de tiempo que va de 1975 al 2023, en donde se enlistan estas contribuciones; y se concluyó que las comunidades científicas tienen un papel fundamental para la aceptación de nuevos conocimientos en la ciencia forense, y que estos forman parte del estado del arte de la criminalística contemporánea.

**PALABRAS CLAVE:** Academia Mexicana de Criminalística; Servicios periciales; Comunidades científicas; Criminalística; Sociología de la ciencia.

**ABSTRACT:** This text analyzes the importance and contributions of the Mexican Academy of Criminalistics as a historical and scientific reference for expert services, likewise, it identifies the underlying relationship that exists between science, scientific communities, and the evidence in the procedure accusatory criminal. A timeline is presented that goes from 1975 to 2023, where these contributions are listed, and it was concluded that the scientific communities have a fundamental role for the acceptance of new knowledge in forensic science; and that these are part of the state of the art of contemporary criminalistics.

**KEYWORDS:** Mexican Academy of Criminalistics; Expert services; Scientific communities; Criminalistics; Science sociology.

**Rec:** 19-12-2023 | **Fav:** 10-01-2023

**Agradecimientos:** El autor agradece a los Académicos de Número de la Academia Mexicana de Criminalística: Fausto Hernández García, Jesús A. Luy Quijada y Reynaldo Olivares Alcalá, por la lectura y observaciones al texto.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Las academias y sociedades científicas. 3. La Academia Mexicana de Criminalística. 4. Conclusiones. 5. Fuentes de información.

## 1. Introducción

No hay conocimiento que alcance el estatus de ciencia, con validez y fiabilidad, sin que haya pasado por un proceso y escrutinio metodológico y crítico por parte de las comunidades científicas en el ámbito al cual pertenecen. Es así como la aceptación de las técnicas o los hallazgos científicos pasan por el dictamen de pares que realizan algunos miembros de sociedades científicas. En esta evaluación, conocida también como arbitraje, se examina, por lo menos, originalidad, rigurosidad metodológica, variables, resultados, evidencias y alcances de la investigación.

Así, en el ámbito internacional de la ciencia se conoce con gran tradición a la Royal Society, la Academia de Ciencias de Francia, la Academia de Ciencias de Italia y otras sociedades que han aportado al desarrollo del conocimiento científico. En México, por ejemplo, son de gran valía los aportes de la Academia Mexicana de Ciencias, la Academia Nacional de Medicina de México, la Sociedad Mexicana de Criminología y la Academia Mexicana de Ciencias Penales, entre otras.

Por ello, en el presente artículo, el lector encontrará un análisis actual de las comunidades y sociedades científicas; posteriormente, la descripción de la creación, el desarrollo y los aportes que ha hecho la Academia Mexicana de Criminalística (AMC) a la ciencia forense y a la operatividad de los servicios periciales en México, y, por último, la relevancia del estado del arte de la criminalística para la consolidación y perspectivas de esta disciplina en el sistema penal acusatorio.

## 2. Las academias y sociedades científicas

El siguiente apartado, más que tener un carácter informativo de lo que son y hacen las academias y/o sociedades científicas (lo que tiene que realizarse por el estado de la cuestión de la criminalística) también pretende analizar la relación de fondo entre la ciencia, las comunidades científicas y la evidencia forense.

Dentro de la metodología de la ciencia, reviste importancia la sociología de la ciencia, cuyo objetivo es analizar las sociedades y redes del conocimiento. En concreto, la sociología de la ciencia, puede: "... considerarse una disciplina tan autorizada como la epistemología para intentar explicar cómo se produce el conocimiento de la ciencia" (Buta, 1995). Una de sus líneas de investigación son las comunidades científicas, las cuales coadyuvan a evaluar las investigaciones que tienen como fin la generación de nuevo conocimiento científico, el avance en campos específicos o la presentación de evidencia que pruebe que lo conocido ya no es vigente y/o válido. El Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnologías (CONAHCYT) define a las *academias y sociedades científicas* de la siguiente manera:

... son asociaciones de investigadoras, investigadores, personas de la comunidad científica y profesionales en una rama del conocimiento, que promueven el diálogo entre este gremio de especialistas con la sociedad en su conjunto; esto con el fin de promover el conocimiento y avance de las Humanidades, Ciencias, Tecnologías e Innovación (HCTI). Para esto se realizan actividades de promoción, difusión y desarrollo de programas para fomentar las vocaciones científicas y el acceso universal al conocimiento, dirigidos a niñas, niños, adolescentes y jóvenes, así como para adultos mayores y grupos sociales en situación de vulnerabilidad. (CONAHCYT, 2023)

Precisamente, en el contexto de la criminalística, algunos de los fines de las academias es generar, impulsar, publicar y debatir los avances de la ciencia forense, los servicios periciales y las políticas públicas relacionadas con la criminalística.

Con relación al primer punto, generar conocimiento científico, este lo pueden realizar las academias como asociación o sus miembros en lo particular. La generación de conocimiento científico necesariamente debe partir de la investigación, en donde a través de diseños metodológicos acordes con el problema de investigación se pueda explicar a sus pares de dónde

se obtuvieron los resultados y generar la posibilidad de revisarlos y contrastarlos.

El impulso del conocimiento científico versa en buscar las posibilidades para que los proyectos de investigación puedan generar un aporte para el avance de la criminalística, es decir, que se materialicen, buscando los medios adecuados para que la investigación se lleve a cabo, por ejemplo, la firma de convenios de colaboración, el financiamiento o el trabajo colectivo. De manera que los hallazgos de la investigación se puedan debatir y verificar contra otras posturas teóricas o evidencias que permitan identificar el alcance del nuevo conocimiento, revisando la tesis que sostiene, la antítesis que se plantea y la síntesis a la cual se arriba.

En lo que respecta a la publicación de los resultados de las investigaciones, estas deben realizarse en los medios que el autor, el editor y la institución consideren adecuados, por ejemplo, revistas, libros colectivos, libros de autoría única o coordinados, ya sean electrónicos o físicos. La labor de socializar la ciencia permite que llegue no solo a los pares, sino a todas las personas que puedan tener interés en ella, máxime que la ciencia se ha ratificado como un conjunto de saberes y conocimientos útiles para resolver problemas en sus respectivas competencias, necesidades o atribuciones.

Ahora bien, las comunidades científicas: *¿cómo eligen a sus miembros? ¿Cuál es la función de sus integrantes? ¿Qué actividades específicas realizan?* Estas y otras preguntas se pueden responder revisando sus estatutos o acuerdos que tienen al interior de las mismas, pues cada academia nacional tiene sus particularidades.<sup>1</sup> A saber, para el ingreso es necesario tener reconocida trayectoria en la materia, ya sea por contribuciones prácticas, teóricas, administrativas o directivas en la criminalística, la ciencia forense o los servicios periciales.

La elección del candidato debe ser por propuesta de algunos de sus miembros de número y pasar una serie de etapas como: 1) solicitud de ingreso al presidente de la academia; 2) aceptación de la solicitud como aspirante a académico supernumerario —la

propuesta del candidato es a través de tres miembros de número, ante el Consejo Directivo de la Academia y mediante la votación de los miembros en la sesión plenaria—; 3) recepción del trabajo de investigación, el cual deberá ser inédito, original y que contribuya al avance de la criminalística; 4) presentación oral y respuesta a las preguntas de los integrantes de la academia y de la persona encargada de dar respuesta al trabajo de ingreso; 5) lectura del resultado obtenido; 6) toma de protesta.

La función de los académicos establecida en sus lineamientos está vinculada estrechamente al ideal del *ethos mertoniano*, CUDEOS: “C-Comunismo, D-Desinterés, U-Universalidad, EO-Escepticismo Organizado”. Esto significa lo siguiente:

- El universalismo, que ve en la impersonalidad la responsabilidad de hallar los grados de verdad dentro de la ciencia y no fuera de ella. Es un criterio de validez y valor científico en consonancia con la observación y con el conocimiento anteriormente confirmado.
- El comunismo, que define el conocimiento como propiedad colectiva, por ser producto de la colaboración social, donde se aprecian la honestidad intelectual y la originalidad.
- El desinterés, que le otorga a la ciencia un carácter de imparcialidad contrastable públicamente y da la pauta para una serie de motivos de los científicos, en especial, para cultivar la humildad.
- El escepticismo organizado, considerado como un mandato metodológico e institucional, que le atribuye al científico la función de examinar y juzgar los conocimientos con independencia de las creencias o la opinión. (Orozco, 2009)

Si bien es cierto que el *ethos mertoniano* ha sido ampliamente cuestionado por no cumplirse a cabalidad, también es verdad que es un punto de referencia para analizar la función de la ciencia en la sociedad, el rol de los científicos y las comunidades a las que pertenecen. Por ejemplo, “Whitley ha mantenido que el interés sociológico de la ciencia está en peligro de convertirse en una sociología de los científicos en vez de en una sociología de la ciencia con todas las de la ley” (Latour, 2022: 31).

<sup>1</sup> Jesús A. Luy Quijada, comenta que otra pregunta importante es: *¿Existe una diferencia entre comunidad y miembro de una sociedad científica específica?* Además, plantea la relevancia de la Academia Americana de Ciencias Forenses (AAFS), de la cual se tiene registro que pertenecieron los doctores Luis Rafael Moreno González y Mario Alva Rodríguez.

Por ello, en el contexto de la criminalística, para la revisión de lo que las comunidades científicas representan en la ciencia, para hacerla y validarla, se debe enmarcar en los aspectos actuales de la ciencia en el procedimiento penal, uno de ellos: *el estándar de prueba pericial*. Este ha surgido de las experiencias de los Estados Unidos de América en materia probatoria, con la difusión de los conocidos casos Frye, Daubert, Robert Kelly, Shreck, Kumho, la Regla Federal 702; en México un ejemplo es el amparo en revisión 9/2015.<sup>2</sup> Específicamente, el caso Daubert, cuando hace referencia a la teoría o la técnica, indica lo siguiente: "... si ha traído una aceptación generalizada dentro de la comunidad científica relevante" (Justia, 1993). En el amparo en revisión 9/2015, se señala: "... d) la existencia de un consenso general de la comunidad científica o técnica interesada" (SCJN, 2016).

Con base en lo anterior, es importante plantear las siguientes preguntas: ¿qué es la comunidad científica en el ámbito de la Criminalística? ¿Qué influencia tiene la comunidad científica en la aceptación de nuevos conocimientos científicos o metodológicos? Tanto en el caso Daubert como en el amparo en revisión 9/2015, ¿es correcto que se haya planteado en ellos el consenso de la comunidad científica para la aceptación de la ciencia, la técnica o la metodología?

En el contexto de la academia, la comunidad científica de la criminalística la integran un conjunto de peritos, científicos o expertos en alguna ciencia, disciplina, arte o técnica que comparten valores, objetivos y metas para promover el desarrollo científico y tecnológico de la criminalística en aras que se convierta en un medio eficaz para la procuración y administración de justicia y, por ende, coadyuvar con la paz, la seguridad pública y el desarrollo social.

Los pronunciamientos de los científicos y sus academias, al estar integrados por personas con trayectoria y reconocimiento en la materia, son tomados en cuenta para generar políticas públicas periciales e incluso pueden disentir desde la ciencia con acciones, estrategias o tendencias relacionadas con la administración pública de la ciencia forense. Así también, la ciencia al pasar por un procedimiento de validación para su publicación y aplicación práctica, si la acade-

mia tiene regulados estos procedimientos, es su deber velar por la ética, calidad, objetividad y fiabilidad de las nuevas producciones científicas.

Asimismo, es necesario argumentar lo conducente cuando las pretensiones de ciencia no cumplan con los requisitos que establecen los lineamientos aplicables, velando porque aquellos conocimientos que lleguen a la sociedad sean los mejores y útiles para los fines por los que fueron creados. Siempre y en todo momento con la evidencia científica que justifique las razones por las cuales no se llega a un consenso o aceptación en la criminalística y sus aplicaciones.

Por ello, es adecuado que tanto el caso Daubert como el amparo en revisión 9/2015 hayan planteado como criterio orientador la importancia de la comunidad científica para la admisión o exclusión de la prueba científica, porque estas son parte de la institucionalización legal necesaria para explicar la ciencia. Si bien es verdad que algunas personas pueden tener un punto de vista diferente planteado por la academia o que haya otras academias similares que tengan puntos de vista encontrados, la ciencia se justifica por su metodología y evidencia, no por comentarios aislados. Máxime en la actualidad en donde la transparencia, publicidad, refutabilidad y sometimiento a prueba es lo que posiciona un conocimiento como ciencia.

En este contexto, retomando el tema de la sociología de la ciencia, esta toma en consideración la influencia de factores sociales en la ciencia, los cuales impactan en el quehacer científico, por ejemplo, los factores políticos, económicos, ideológicos, educativos y culturales. Nadie puede negar que los miembros de las academias tienen una o varias epistemologías con las que se identifican, pero ante la ciencia que deriva de la aplicación del método científico y que permite replicar el resultado, contrastarlo y verificarlo, la influencia de factores sociales o las epistemologías específicas se ven frenadas, ya que la evidencia científica tiene preponderancia sobre el discurso político.

Lo anterior se cumple a menos que se señale a los científicos de carecer de ética y que, por lo tanto, sus resultados no son correctos. Ante estos señalamientos, se requiere una prueba que los justifique pues, de lo contrario, son galimatías que pueden poner en duda la relevancia de los científicos y de sus prácticas sin que ello necesariamente sea verdad. En este orden de ideas, toma sentido recordar que la neutralidad

<sup>2</sup> Véase: "Antecedentes de la científicidad de la prueba pericial", en Lázaro, E. (2022). *La prueba científica. Validez y fiabilidad del peritaje en el juicio oral*. México: INACIPE.

de la ciencia se ha discutido de manera abundante en la sociología de la ciencia, y que hay conclusiones que orientan hacia el carácter impersonal de la ciencia y con carencia de neutralidad, porque la ciencia es una creación humana que no puede separarse de esta característica, pero que tiene cánones éticos para su aplicación, los cuales la convierten en un conocimiento universalmente válido.

Merton en *Teoría y estructuras sociales*, específicamente en *La ciencia y la estructura social democrática*, cita: "... se reafirmó el carácter internacional, impersonal y prácticamente anónimo de la ciencia. Pasteur: *Le savant a une patrie, la Science n'en a pas*. (El sabio tiene una patria, la ciencia no la tiene)" (Merton, 2002: 546). La ciencia puede tener una región geográfica que la originó, una o más personas que la crearon, pero que se supedita a estas no es una de sus características.

En el ámbito pericial mexicano existen diferentes academias, en ellas, algunos miembros se han preocupado por el número exponencial de estas, pero la calidad de las diferentes asociaciones se diferencia, entre otras variables, por sus miembros adscritos al Sistema Nacional de Investigadores del CONAHCYT, por su producción científica, publicaciones arbitradas y la formación de recursos humanos con estudios de alta calidad académica. Asimismo, por la función que han tenido sus miembros en el sistema de justicia, y la difusión de la ciencia mediante congresos, seminarios, simposios y foros en los que han participado.

### 3. La Academia Mexicana de Criminalística

No se puede explicar la criminalística nacional, su desarrollo y el estado del arte de los servicios periciales, sin la Academia Mexicana de Criminalística (AMC) (véase la Figura 1). Esta surgió por los esfuerzos y ahínco de un grupo de expertos forenses, entre ellos uno de los pioneros y máximos representantes de la criminalística mexicana: Luis Rafael Moreno González. Al respecto, Martha Franco de Ambriz, en *Apuntes de historia de la criminalística en México*, indica que:

Fue así que el 28 de noviembre de 1975 se protocolizó la Escritura 36501, ante el Lic. Joaquín Talavera Sánchez, Notario 50 del Distrito Federal, firmando el acta: Luis Rafael Moreno González, Raúl Jiménez Navarro, Josefi-

na Mendoza Vargas, Martha Franco de Ambriz, Julio Tiburcio Cruz, Salvador Iturbide Álvarez, Arminda Reyes Martínez y María Teresa Cuevas Díaz. (p. 42)

**Figura 1.** Isologotipo de la Academia Mexicana de Criminalística



Fuente: Academia Mexicana de Criminalística, 2023

Moreno (2006), en su *Manual de introducción a la criminalística*, comentó:

Una idea muy acariciada por un grupo de médicos cobra realidad al constituirse, el 28 de noviembre de 1975, la Asociación Civil denominada Academia Mexicana de Criminalística, integrada en su gran mayoría por expertos de la Dirección de Servicios Periciales de la Procuraduría del Distrito Federal [actualmente Ciudad de México]. (p. 388)

En este sentido, el en 45° aniversario de la AMC, Luis Rafael Moreno González, presidente honorario y vitalicio, realizó la siguiente remembranza histórica:

En agosto de 1975 estaba a mi cargo la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General del Distrito, me reuní con mis maestros doctores Alfonso Quiroz Cuarón y Salvador Iturbide Álvarez para informarles que tenía en mente la creación de la Academia Mexicana de Criminalística, al aprobarla y contar con su apoyo, pasé a hacer realidad la idea concebida. De inmediato me reuní con los jefes de oficina para plantear el proyecto y escuchar sus opiniones; todos se manifestaron de acuerdo con el compromiso de elevar la calidad técnico-científica de la Dirección de Servicios Periciales, en aquel tiempo empobrecida... Menciono a continuación los objetivos a perseguir por nuestra sociedad

## La Academia Mexicana de Criminalística: Un referente histórico y científico de los servicios periciales

científica: actitud científica, es decir, cultivar el espíritu crítico en el curso de las investigaciones; actualización de la investigación; toma de conciencia de los límites y alcances de la criminalística, y de los errores en que los peritos pueden incurrir; capacitación y permanente actualización, así como la renovación de los procedimientos y técnicas criminalísticas... (INACIPE, 2022)

Desde su creación, hasta la actualidad la AMC o sus académicos han realizado actividades científicas, publicaciones y aportes para consolidar la criminalística y la ciencia forense en el ámbito de la procuración y administración de justicia, conforme la siguiente línea de tiempo, la cual es con fines enunciativos, más no limitativos:

- 1975: Se crea la Academia Mexicana de Criminalística. Tiene como uno de sus objetivos: “Cultivar el estudio de la Criminalística y de las disciplinas conexas”. Cuyo eslogan es: *Verdad y Justicia*.
- 1975: Luis Rafael Moreno González (1931-2021) es elegido el primer presidente de la AMC, la cual presidió de forma honoraria y vitalicia hasta el 07 de marzo del 2021.
- 1976: “Entre sus actividades iniciales, en marzo de 1976, la Academia auspicia una visita de estudio al Instituto de Ciencias Forenses en la Ciudad de Dallas, Texas, a la que asistieron los jefes de los Departamentos de Investigación Científica. Expertos en documentos cuestionados, de balística y del Laboratorio de Química Forense” (Franco, 1999: 47).
- 1976: “El día 7 de junio de 1976, la Q.F.B., Martha Franco de Ambriz, presenta su trabajo de ingreso a la Academia Mexicana de Criminalística, documento titulado *Breve estudio crítico de los Métodos y Técnicas aplicadas para determinar la edad de las tintas*, trabajo que fue contestado por el maestro don Alfonso Quiroz Cuarón” (Franco, 1999: 48).
- 1976-1985: “Entre las actividades más relevantes que la Academia Mexicana de Criminalística realizó durante sus primeros diez años de vida, cumpliendo con uno de los fundamentales fines para que fuera creada, se puede señalar la de la enseñanza, actividad que se realizó a través de reiteradas pláticas sobre la ética que debe se-

ñorear la actividad criminalística; la aplicación del método científico en todas y cada una de las disciplinas que la integran, así como la impartición de cursos, seminarios y encuentros nacionales, en los que los académicos transmitieron sus conocimientos sobre los nuevos métodos y técnicas utilizadas en la investigación criminalística. Así, durante esos años se dictaron 19 conferencias, cinco mesas redondas, siete seminarios y cursos y tres encuentros nacionales” (Franco, 1999: 47).

- 1977: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Cuestiones periciales*, con la Imprenta y Offset Virginia México.
- 1977: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Manual de introducción a la Criminalística*, con la editorial Porrúa.
- 1977: Arminda Reyes Martínez, académica fundadora de la AMC, publicó el libro *Dactiloscopia y otras técnicas de identificación*, con prólogo de Luis Rafael Moreno González, editado por Porrúa.
- 1979: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Balística forense*, con la editorial Porrúa.
- 1979: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Metodología e investigación científica*, con la editorial Offset Virginia México.
- 1980: Raúl Jiménez Navarro publicó el libro *Materia de toxicología forense*, con prólogo de Luis Rafael Moreno González, editado por Porrúa.
- 1984: Martha Franco de Ambriz, académica fundadora de la AMC, publicó el libro *Hematología forense y otras técnicas serológicas*, con la editorial Porrúa.
- 1986: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *La investigación científica*, con la editorial Porrúa.
- 1986: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Reflexiones de un criminalista. Criminalística, criminología y medicina forense*, con la editorial INACIPE.
- 1989: Luis Rafael Moreno González prologó el libro *Los accidentes de tránsito*, del autor Cutberto Flores Cervantes, publicado por la editorial Porrúa.
- 1990: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Balística forense*, con la editorial Porrúa.

- 1996: "... convocados y reunidos los miembros fundadores y de Número, se decidió modificar la Escritura Constitutiva de la misma, para poder ampliar su ámbito de actividad..." (Franco, 1999: 49).
- 1996: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Notas de un criminalista*, con la editorial Porrúa.
- 1997: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Ensayos médico-forenses y criminalísticos*, con la editorial Porrúa.
- 1999: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Compendio de criminalística*, con la editorial Porrúa.
- 1999: Martha Franco de Ambriz, académica fundadora de la AMC, publicó el libro *Apuntes de historia de la criminalística en México*, por medio de la editorial Porrúa.
- 2001: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Antología de la Investigación Criminalística* (Coordinador), con la editorial INACIPE.
- 2007: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Los indicios biológicos del delito*, con la editorial INACIPE.
- 2008: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Sherlock Holmes y la investigación criminalística*, con la editorial INACIPE.
- 2009: Miguel Óscar Aguilar Ruiz, Reynaldo Olivares Alcalá y Joel Navas Pérez publicaron el libro *Investigación criminalística en hechos de tránsito terrestre*, por medio de las editoriales UBIJUS e INACIPE.
- 2013: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Una luz en el túnel: seis innovadores de la investigación científica de los delitos*, con las editoriales Porrúa e INACIPE.
- 2013: Miguel Óscar Aguilar Ruiz publicó el libro *Protocolo de capacitación criminalística para el personal adscrito a las unidades especializadas en combate al secuestro*, por medio de la editorial INACIPE.
- 2014: Nelson Alejandro Ramírez Velázquez publicó el libro *Aspectos selectos en balística forense*, edición y diseño D.G. Laura Monroy.
- 2015: "El Reconocimiento *Benjamín A. Martínez*, es la distinción que otorga la Academia quien ha cumplido más de veinticinco años en el cultivo de la Criminalística con honestidad y elevada calidad científica, habiendo además contribuido a su seria divulgación tanto en forma oral como escrita" (Academia Mexicana de Criminalística, 2023).
- 2016: El 19 de julio del 2016, la Academia Mexicana de Criminalística y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) realizaron el foro *Análisis Forense de la Muerte de Pancho Villa*, en el cual participaron los académicos: Rodolfo Espinosa Trujillo, Regino Maldonado Gómez, Reynaldo Olivares Alcalá, Alejandro Nelson Ramírez Velázquez, Francisco José Guadalupe Barrera Chávez.
- 2015: "La Medalla de Honor *Luis Rafael Moreno González* al Mérito Científico Forense es el reconocimiento que otorga la Academia a aquellas personas que se han destacado en realización de actividades cuyos resultados aporten singulares beneficios a las Ciencias Forenses y por ende a la justicia mexicana" (Academia Mexicana de Criminalística, 2023).
- 2017: Luis Rafael Moreno González y Luis Rodríguez Manzanera publicaron el libro *Nociones de criminalística y de criminología*, con la editorial Porrúa.
- 2018: María de la Luz Lima Malvido, Norma María Nájera Domínguez y Luis Rodríguez Manzanera coordinaron el libro *Homenaje a L. Rafael Moreno González. El Criminalista*, editado por la Academia Mexicana de Ciencias Penales, la Academia Mexicana de Criminalística, la Sociedad Mexicana de Criminología y el INACIPE, en el cual participaron académicos de la AMC y de la comunidad científica de las ciencias penales.
- 2018: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Detectives reales e imaginarios*, con la editorial INACIPE.
- 2018: Anselmo Apodaca Sánchez publicó en coautoría con Zoraida García Castillo, Ana Pamela Romero Guerra y Gail Aguilar Castañón el libro *Servicios periciales con perspectiva de género*, Serie de Género y Procuración de Justicia, publicado por la Procuraduría General de la República.
- 2019: Alfonso Luna Vázquez en coautoría con Gloria Nidya Vilchis Dorantes publicaron el libro *Estudio criminalístico del líquido seminal*

## La Academia Mexicana de Criminalística: Un referente histórico y científico de los servicios periciales

en indicios de delitos sexuales.

- 2020: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Antología médico forense*, con la editorial Porrúa.
- 2020: Luis Rafael Moreno González publicó el libro *Figuras representativas de la medicina forense latinoamericana contemporánea*, con la editorial INACIPE.
- 2020: El 23 de noviembre del 2020, la Academia Mexicana de Criminalística realizó su 45° Aniversario. En este evento, auspiciado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), participaron académicos de número y supernumerarios. Haciendo el uso de la voz los académicos: Fausto Hernández García, Luis Rodríguez Manzanera, Anselmo Apodaca Sánchez, Ramírez González Maura, Espinosa Trujillo Rodolfo Silvestre y el presidente honorario y vitalicio, Luis Rafael Moreno González.
- 2021: El 16 de abril del 2021, Agustín López Villegas presentó su trabajo de ingreso a la AMC, con el título *Apreciación de pinturas de caballete por la criminalística*, al cual le dio respuesta el académico Espinosa Trujillo Rodolfo Silvestre.
- 2021: El 30 de abril del 2021, la Academia Mexicana de Criminalística, el INACIPE y la Academia Mexicana de Ciencias Penales realizaron el *Homenaje Póstumo al Dr. Rafael Moreno González*. En este evento participaron: Rafael Ruiz Mena, Luis Rodríguez Manzanera, Gerardo Laveaga, Victoria Adato, Sergio García Ramírez, Fausto Hernández García, Olga Islas Magallanes, Miguel Óscar Aguilar Ruiz, María de la Luz Lima Malvido, Eliseo Lázaro Ruiz, Andrea Harris Heredia y Rafael Heredia López.
- 2021: El 19 de marzo del 2021, Norma María Nájera Domínguez presentó su trabajo de ingreso a la AMC, titulado *De Bertillon a los sistemas biométricos*, al cual le dio respuesta el académico Fausto Hernández García.
- 2021: El 14 de mayo del 2021, Francisco Elías Bartolo Sánchez presentó su trabajo de ingreso a la AMC, con el título *El método grafoscópico*, al cual le dio respuesta la académica Guadalupe Martínez López.
- 2021: Obra póstuma: Luis Rafael Moreno González y Norma María Nájera Domínguez (Coordinadores) publicaron el libro *Los últimos avances de la criminalística en la administración de justicia*, con algunos capítulos de académicos de la AMC, editorial INACIPE, Fiscalía General de la República (FGR).
- 2021: El 08 de octubre del 2021, Eliseo Lázaro Ruiz presentó su trabajo de ingreso a la AMC, titulado *El estándar de prueba pericial en el juicio oral penal: Una reforma latente para el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP)*, al cual le dio respuesta la doctora María Guadalupe Martínez Flores.
- 2022: Eliseo Lázaro Ruiz publicó el libro *Ciencia forense y contrainterrogatorio*, segunda edición, con la editorial INACIPE, Fiscalía General de la República (FGR).
- 2022: Eliseo Lázaro Ruiz publicó el libro *El metaperitaje en el procedimiento penal acusatorio*, con editorial INACIPE, Fiscalía General de la República (FGR).
- 2022: Eliseo Lázaro Ruiz publicó el libro *La investigación científica del INACIPE. Su trascendencia en la procuración de justicia* (coord.), con editorial INACIPE, Fiscalía General de la República (FGR).
- 2022: Eliseo Lázaro Ruiz publicó el libro *La prueba científica. Validez y fiabilidad del peritaje en el juicio oral*, con editorial INACIPE, Fiscalía General de la República (FGR).
- 2022: El 07 de marzo del 2022, la AMC, el INACIPE, la Academia Mexicana de Ciencias Penales y la Sociedad Mexicana de Criminología, realizaron el *Homenaje al Dr. Luis Rafael Moreno González* en su primer aniversario de su fallecimiento. En este evento participaron: Miguel Oscar Aguilar Ruiz, Elia Quiterio Montiel, Miguel Ángel Álvarez Martínez, Norma M. Nájera Domínguez, Luis Rodríguez Manzanera, Aceneth González López, Fausto Hernández García y Manuel Jorge Carreón Perea.
- 2022: El 08 de julio del 2022, Anselmo Apodaca Sánchez presentó la promoción para académico de número, con el tema *Metamorfosis de la metodología en la criminalística de campo*, al cual le dio respuesta el académico Alfonso León Romo.
- 2022: El 09 de septiembre del 2022, Vicente Hernández Piña presentó su trabajo de ingreso

a la AMC, titulado *La importancia de utilizar el procedimiento correcto para tener éxito en el revelado de huellas latentes*, al cual le dio respuesta el académico Fausto Hernández García.

- 2022: El 14 de octubre del 2022, José Luis Trujillo Linares presentó su trabajo de ingreso como académico honorario a la AMC, titulado *La importancia de la Balística en la investigación de homicidios, suicidios y accidentes con armas de fuego*, al cual le dio respuesta el académico Alejandro Nelson Ramírez Velázquez.
- 2023: El 10 de febrero del 2023, Vicente Torres Zúñiga presentó su trabajo de ingreso a la AMC, titulado *Reconstrucciones de hechos mecánicos por simulación en computadoras*, al cual le dio respuesta el académico Reynaldo Olivares Alcalá.
- 2023: El 10 de marzo del 2023, Albertina Ortega Palma presentó su trabajo de ingreso a la AMC, titulado *El enfoque multidisciplinario y la participación de la antropología forense en procesos de identificación*, al cual le dio respuesta el académico Jesús A. Luy Quijada.

El listado que se ha hecho de la actividad científica de la AMC desde 1975 al 2023 es un breve resumen histórico. Faltaría el cúmulo de artículos científicos, ponencias, capítulos en libros, actividad en el servicio público y reconocimientos recibidos. No obstante, con los datos enunciados se genera una línea de tiempo que permitirá orientar a la persona interesada en profundizar en aspectos históricos y actuales de la criminalística, los cuales forman parte del estado del arte de la criminalística y los servicios periciales en México.

En la producción científica y el acervo histórico de la AMC, se encuentran temas que van desde los primeros hitos de la criminalística de campo, hasta el uso actual de tecnologías para la investigación pericial. Añadiendo las memorias de campo de primera mano que vivieron los académicos de la AMC, forman parte de la memoria histórica de la criminalística mexicana.

Sería riesgoso para los científicos actuales soslayar los méritos, aciertos, desaciertos y contribuciones al conocimiento científico que ha tenido la AMC a la criminalística nacional. No porque se requiera un reconocimiento, sino porque la evidencia científica prueba que los aportes que han hecho a la ciencia

forense han permitido crear mejores prácticas en la función pericial.

## 4. Conclusiones

Las sociedades y comunidades científicas forman parte significativa de los medios que integran al sistema de justicia penal para analizar la validez de la ciencia cuando esta es puesta en duda o se evidencia algún aspecto incompatible con el conocimiento científico universalmente aceptado en la criminalística.

El punto de vista de los científicos y sus gremios es de utilidad para dilucidar contradicciones en el procedimiento penal que emanan de la tesis cuando la metodología o teoría aplicada por el perito no ha tenido aceptación científica en el ámbito al cual corresponde, luego entonces, debería excluirse como medio de prueba en la etapa intermedia o pedir que no se le de valor probatorio en la etapa de juicio.

En este aspecto surge un debate en constante ponderación: ¿qué es más importante: la opinión y dictamen de la comunidad científica o la evidencia que sustente que un conocimiento es válido? El comparativo es impertinente, toda vez que son dos aspectos que, si bien tienen estrecha relación, pertenecen a rubros diferentes. Por un lado, la comunidad científica tiene un rol importante en la metodología para evaluar y publicar nuevos hallazgos científicos y, por el otro, la evidencia no puede estar aislada del escrutinio metodológico que los pares le realicen.

Así, estos debates se han retomado en el sistema de justicia penal acusatorio, en el que se analiza al órgano de prueba, la metodología y la validez de la ciencia aplicada, que, de no tenerla, generaría dudas e impactaría en los fines del procedimiento penal. Por ello, analizar los debates históricos y actuales que se han generado al interior de la criminalística, es uno de los medios que permiten abordar el problema con racionalidad, responsabilidad y actitud crítica.

Por ejemplo, en la actualidad, cuando se pondera la relevancia de la criminalística como una ciencia integral de investigación, esto ya lo había planteado con bastante claridad Martha Franco de Ambriz. Asimismo, el tema de la conceptualización y relación entre la criminalística y las ciencias forenses, lo abordaron Luis Rafael Moreno González y Raúl Jiménez Navarro; y la importancia de otras técnicas de identificación complementarias a la dactiloscopia fue analiza-

da por Arminda Reyes Martínez, y así sucesivamente podrían enlistarse múltiples ejemplos.

En suma, la Academia Mexicana de Criminalística es un referente histórico y científico de los servicios periciales. El cual alberga no solo historia, sino experiencia, ciencia, ética y humanismo. Estos conocimientos, en la medida en que se socializan y analizan, coadyuvan en la consolidación y perspectivas de la procuración y administración de justicia.

## 5. Fuentes de información

- Academia Mexicana de Criminalística (2023). *Reglamento para la entrega de diplomas y reconocimientos que otorga la Academia Mexicana de Criminalística*. Documento vigente por acuerdo de Asamblea General en Sesión Ordinaria efectuada el 07 de julio 2015. México: AMC.
- Aguilar, M. (2013). *Protocolo de capacitación criminalística para el personal adscrito a las unidades especializadas en combate al secuestro*. México: INACIPE.
- Aguilar, M., Olivares, R. y Navas, J. (2009). *Investigación criminalística en hechos de tránsito terrestre*. México: UBIJUS e INACIPE.
- Apodaca, A., García, Z., Romero, A. y Aguilar, G. (2018). *Servicios periciales con perspectiva de género*. México: Procuraduría General de la República.
- Buta, J. (1995). *Reseña de "La sociología de la ciencia" de Mario Bunge*. Redes. Consultado el 10 de mayo de 2023, de <https://www.redalyc.org/pdf/907/90711276014.pdf>
- CONACYT. (2023). *Academia y sociedades científicas de México*. Gobierno de México. Consultado el 10 de mayo de 2023, de <https://conacyt.mx/academias-y-sociedades-cientificas-de-mexico/>
- Franco, M. (1984). *Hematología forense y otras técnicas serológicas*. México: Porrúa.
- Franco, M. (1999). *Apuntes de historia de la criminalística en México*. Argentina: Porrúa.
- Instituto Nacional de Ciencias Penales. (23 de noviembre de 2022). *45° Aniversario de la Academia Mexicana de Criminalística* [Archivo de Vídeo]. <https://www.youtube.com/watch?v=KP9Ia2HhYH8&t=4131s>
- Jiménez, R. (1980). *Materia de toxicología forense*. México: Porrúa.
- Justicia U.S. Supreme Court. (1993). *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993) [Daubert contra Merrell Dow productos farmacéuticos, Inc., 509 U.S. 579 (1993)]. Justicia U.S. Supreme Court. Consultado el 19 de mayo de 2023, de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/>
- Latour, B. y Woolgar, S. (2022). *La vida en el laboratorio: La construcción de los hechos científicos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Lázaro, E. (2022). *La prueba científica. Validez y fiabilidad del peritaje en el juicio oral*. México: INACIPE.
- Lima, M., Nájera, N. y Rodríguez, L. (2018). *Homenaje a L. Rafael Moreno González. El Criminalista*. México: Academia Mexicana de Ciencias Penales, Academia Mexicana de Criminalística, Sociedad Mexicana de Criminología e INACIPE.
- Merton, R. (2002). *Teoría y estructura social*. México: Fondo de cultura económica.
- Moreno, L. (1977). *Cuestiones periciales*. México: Offset.
- Moreno, L. (1979). *Balística forense*. México: Porrúa.
- Moreno, L. (1979). *Metodología e investigación científica*. México: Offset.
- Moreno, L. (1986). *La investigación científica*. México: Porrúa.
- Moreno, L. (1986). *Reflexiones de un criminalista. Criminalística, criminología y medicina forense*. México: INACIPE.
- Moreno, L. (1996). *Notas de un criminalista*. México: Porrúa.
- Moreno, L. (1997). *Ensayos médicos forenses y criminalísticos*. México: Porrúa.
- Moreno, L. (1999). *Compendio de criminalística*. México: Porrúa.
- Moreno, L. (2001). *Antología de la investigación criminalística*. México: INACIPE.
- Moreno, L. (2006). *Manual de introducción a la criminalística*. Argentina: Porrúa.
- Moreno, L. (2007). *Los indicios biológicos del delito*. México: INACIPE.
- Moreno, L. (2008). *Sherlock Holmes y la investigación criminalística*. México: INACIPE.
- Moreno, L. (2013). *Una luz en el túnel: seis innovadores de la investigación científica de los delitos*. México: INACIPE.

- Moreno, L. (2018). *Detectives reales e imaginarios*. México: INACIPE.
- Moreno, L. (2020). *Antología médico forense*. México: Porrúa.
- Moreno, L. (2020). *Figuras representativas de la medicina forense latinoamericana contemporánea*. México: INACIPE.
- Moreno, L. y Nájera, N. (2021). *Los últimos avances de la criminalística en la administración de justicia*. México: AMC, INACIPE, FGR.
- Moreno, L. y Rodríguez, L. (2017). *Nociones de criminalística y de criminología*. México: Porrúa.
- Orozco, L. y Chavarro, D. (2009). Robert K. Merton (1910-2003). La ciencia como institución. *Revista de Estudios Sociales*, 37. Consultado el 05 de abril de 2023, de <https://revistas.uniandes.edu.co/index.php/res/article/view/5628/5436>
- Reyes, A. (1977). *Dactiloscopia y otras técnicas de identificación*. México; Porrúa.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2016). Prueba pericial con contenido científico o técnico. *Semanario Judicial de la Federación*. Consultado el 11 de abril de 2023, de <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=2011819&Tipo=1>



## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio\*

Ángela Matallín Evangelio

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universitat de València

**RESUMEN:** La importancia de la prueba testifical en la condena o absolución del procesado está fuera de duda. Del sentido del testimonio, a favor o en contra del reo, depende en muchas ocasiones el resultado final del proceso. El problema surge cuando dicho testimonio asocia alguna limitación ilegítima de los derechos fundamentales del testigo. En este escenario procesal, el Juez debería intervenir evitando posibles abusos a través del filtro de impertinencia en sentido amplio. Si el juez no procede en el sentido indicado y permite que se le formule una pregunta que vulnera la intimidad o dignidad del testigo, sometiéndolo a preguntas invasivas, su eventual reacción faltando a la verdad, no debiera irrogar al testigo perjuicio alguno, menos aún de naturaleza penal. La propuesta que se defiende es la siguiente: si la respuesta del testigo puede considerarse objetivamente como un medio de tutela del derecho fundamental, actuará como límite frente a la posibilidad de sancionarle por delito de falso testimonio.

**PALABRAS CLAVE:** límites de la verdad procesal; derechos fundamentales del testigo en el proceso penal; el delito de falso testimonio.

**ABSTRACT:** The importance of the testimonial evidence in the conviction or acquittal of the defendant is beyond doubt. The final outcome of the trial often depends on the meaning of the testimony, for or against the defendant. The problem arises when the testimony is associated with some illegitimate limitation of the witness's fundamental rights. In this procedural scenario, the judge should intervene to avoid possible abuses through the filter of impertinence in the broad sense. If the judge does not proceed in the sense indicated and allows a question to be asked that violates the witness's privacy or dignity, subjecting him to invasive questions, his possible reaction by not telling the truth should not cause any harm to the witness, even less so of a criminal nature. The proposal advocated is as follows: if the witness's answer can objectively be considered as a means of protecting the fundamental right, it will act as a limit to the possibility of punishing the witness for the crime of false testimony.

**KEYWORDS:** limits of procedural truth; fundamental rights of witnesses in criminal proceedings; the offence of perjury.

\* El contenido de este artículo ha sido objeto de publicación previa en el número 33, 2022, de la Revista *Teoría y Derecho. Revista del pensamiento jurídico*.

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

**Sumario:** 1. La averiguación de la verdad en el proceso penal: los derechos fundamentales como reglas básicas de procedimiento. 2. Algunos mecanismos de tutela procesal del testigo: el filtro de impertinencia en sentido amplio. 2.1. Conocimiento de datos personales del testigo relevantes y relacionados con la causa. 2.2. Conocimiento de datos de carácter íntimo que por su relación con la causa puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos. 2.3. Conocimiento de datos íntimos que carezcan de relación con el objeto procesal. 3. La intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio. 3.1. El concepto de testimonio. 3.2. La mentira en las generales de la Ley. 3.3. La pregunta vulneradora de la intimidad del testigo: un problema de límites. 4. Conclusiones.

### 1. La averiguación de la verdad en el proceso penal: los derechos fundamentales como reglas básicas de procedimiento<sup>1</sup>

La averiguación de la verdad en el proceso penal<sup>2</sup> se encuentra limitada por las exigencias del modelo de Estado proclamado en la Constitución, entre ellas el necesario respeto de los Derechos fundamentales. Cualquier injerencia en los mencionados derechos por parte de los partícipes en el proceso penal —también del Ministerio Fiscal o de la Defensa— deberá respetar su contenido esencial, sin que de ninguna extralimitación de los poderes públicos pueda derivarse perjuicio alguno para el justiciable, como, por ejemplo, la eventual realización de un delito de falso testimonio, o de desobediencia, en su caso, por llegar a mentir ante una pregunta invasiva de su intimidad o por incumplimiento de la orden judicial de responder ante la misma.<sup>3</sup>

El testigo interrogado —en el juicio oral—<sup>4</sup> está sujeto al deber de colaborar y decir verdad, pero di-

cho deber se encuentra limitado por el necesario respeto de sus derechos fundamentales<sup>5</sup> —que los tiene,

tre otros, vid., Orts Berenguer, E., “Delitos contra la Administración de Justicia”, en J. L. González Cussac (coord.), *Derecho penal Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 727; Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., *Comentarios al Código penal: reforma 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 991; Palomo del Arco, A., “Del falso testimonio”, en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 519; Queralt Jiménez, J. J., *Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1269; Santana Vega, D. M., “Del falso testimonio”, en M. Corcoy Bidasolo/S. Mir Puig (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1529. Para este sector doctrinal, solo si el testigo que presta declaración en la fase sumarial no llega a declarar en el plenario podría tener relevancia su declaración a efectos del delito de falso testimonio (Carrasco Andriño, M.M., “Falso testimonio”, en J. Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 978 y 979.

A favor de esta postura, vid., entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo 457/2007, de 29 de mayo; 318/2006, de 6 de marzo, 1187/2005 de 21 de octubre 265/2005, de 1 de marzo, o 121/2019, de 4 de noviembre; así como las Sentencias de las Audiencias Provinciales de A Coruña, de 8 de marzo de 1999, o de Tarragona, de 16 de octubre de 2000.

En contra, considerando admisible el delito de falso testimonio cuando la falsedad se produce en la fase de instrucción, vid., entre otros, Faraldo Cabana, P., “Los delitos de falso testimonio”, en *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes. Un análisis desde el Derecho Procesal y Penal y la Psicología Jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 159. En el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez, C., “Responsabilidad penal de los peritos”, *Estudios Penales y Criminológicos XXIII*, 2001, pág. 182; Quintero Olivares, G., “Del Falso testimonio”, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, en G. Quintero Olivares (dir.), Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 1866; Magro Servet, V., “Casuística práctica del delito de falso testimonio (arts. 458 a 462 del Código Penal)”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº. 25, 2006, pág. 95; Domínguez Izquierdo, E. M., *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, Madrid, Dijusa, 2002, págs. 366-369; García Vitoria, A., *Actividad pericial y proceso penal. Especial consideración de la pericia caligráfica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 95; Uubano Castrillo, E., “El falso testimonio de perito”, *AJA*, núm. 563, 2003, pág. 2.

<sup>5</sup> Los derechos fundamentales del testigo se reconocen expresamente en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Pro-

<sup>1</sup> Vives Antón, Tomás S., *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal, en la libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 305.

<sup>2</sup> El objeto del trabajo se limita al análisis de alguno de los mecanismos de tutela de los testigos en el proceso penal. Concretamente al que denominamos filtro de impertinencia en sentido amplio (vid., *infra*), frente a una posible imputación por falso testimonio cuando el testigo faltare a la verdad ante una pregunta invasiva de su derecho fundamental a la intimidad, esto es, sin extender el estudio a otros instrumentos tutelares, como, por ejemplo, los establecidos en la LO 19/1994 de 23 de diciembre, de Protección a testigos y peritos en causas criminales, ni tampoco al examen de la prueba testifical fuera del orden jurisdiccional penal.

<sup>3</sup> Conviene matizar que el delito de desobediencia no va a ser objeto de tratamiento específico en este trabajo, siendo tratado tan solo como materia tangencial en alguna de nuestras afirmaciones, en la medida que representa una de las opciones que podrá utilizar el testigo ante una pregunta invasiva de su intimidad.

<sup>4</sup> La posibilidad de cometer el delito de falso testimonio en la fase de instrucción no es admitida por una parte de la doctrina (en-

aunque la mayor parte de la construcción dogmática y jurisprudencial gire alrededor de los derechos del delincuente— como garantía derivada del Estado Democrático de Derecho.<sup>6</sup>

Entre dichos límites se encuentra el rechazo de la pregunta impertinente, que pueda afectar a la dignidad o intimidad del testigo. Este límite, que podemos denominar genéricamente *filtro de impertinencia en sentido amplio*,<sup>7</sup> se suma a otros orientados por la misma finalidad de tutela de los derechos del testigo, como por ejemplo la posibilidad de declaración fuera de la presencia del acusado o de forma anónima,<sup>8</sup>

tección de peritos y testigos en causas criminales, cuando señala su objetivo de hacer *posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares*.

También en la jurisprudencia se hace alusión a tales derechos en algunas resoluciones, así, por ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, vid., la Sentencia del Tribunal Supremo 468/2020, de 23 septiembre, cuando señala que los testigos tienen “derecho a que se le tutele en la forma de su declaración para que, respetando los derechos fundamentales del proceso penal, se le conceda su derecho a declarar en condiciones respetuosas con su lógico temor a declarar ante el acusado”; o la STS 381/2014, de 21 de mayo, cuando señala que “es necesario aplicar un estándar especialmente riguroso pues quien comparece como testigo en el juicio oral cumpliendo el mandato del art. 118 CE no puede hacerlo bajo un régimen de inseguridad y de incertidumbre que acabe siendo examinado sobre aspectos íntimos de su persona y vida. Por ello puede afirmarse un principio general de prohibición de prueba cuando recaiga sobre datos protegidos por el derecho a la intimidad del testigo” (fundamento jurídico 2). En la misma línea, vid., asimismo, la STS 383/2021, de 5 de mayo (fundamento jurídico primero), o la 467/2022, de 7 de abril (fundamento jurídico tercero).

<sup>6</sup> Sobre este particular reflejamos por su claridad expositiva la doctrina proclamada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998, de 2 de abril, cuando señala que “los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones” (fundamento jurídico 2).

<sup>7</sup> En este punto debemos realizar una precisión terminológica sobre nuestro entendimiento de la expresión *pertinencia en sentido amplio*, que comprenderá, por un lado, la *pertinencia en sentido estricto*, referida a la relación y relevancia de la pregunta con el objeto procesal, y, por otro, su adecuación o admisibilidad, entendida como conformidad de la misma —de su contenido— con el texto fundamental y con la prohibición de cualquier actuación invasiva sobre derechos fundamentales (*proporcionalidad*).

<sup>8</sup> En este sentido, vid., la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de peritos y testigos en causas criminales. En concreto, en el artículo 2 se establece que “*el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:*

a) *Que no consten en las diligencias que se practiquen su nom-*

también establecidos como mecanismos tutelares frente a posibles abusos.

Sin embargo, cuando el citado *filtro* falla, y, so pretexto de valorar la credibilidad del testigo, o por cualquier otra causa, se produce una injerencia que superando el control judicial pretenda obligar al testigo a emitir una respuesta íntima, podrán entrar en juego otros instrumentos de tutela, como, por ejemplo, llegado el caso, la posible atipicidad de su conducta, si se pretendiera una imputación delictiva por delito de falso testimonio. Pues, si el juzgador, en su función de dirigir el interrogatorio no la rechaza, el testigo *podría* optar por mentir para la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

El interés público en la investigación y persecución de los delitos o, si se prefiere, en la obtención de la *verdad* no es, por tanto, ilimitado,<sup>9</sup> y sólo la verdad obtenida con el respeto a las *reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse jurídicamente válida*,<sup>10</sup> ya que “lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es lo verdadero en sí,

*bre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.*

b) *Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.*

c) *Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.*

<sup>9</sup> Por todas, vid. la STC 49/1999, de 5 de abril, fundamento jurídico 8.

<sup>10</sup> La configuración de los derechos fundamentales como reglas básicas de todos los procedimientos de la Democracia goza de expreso reconocimiento constitucional en la sentencia 81/1998, de 2 de abril, que concluye, de acuerdo con ella, que la valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales implica una ignorancia de las “garantías” propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución). En consecuencia, en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de “proceso justo” debe considerarse prohibida por la Constitución (fundamento jurídico 2). En este mismo sentido, la STC 49/1999, de 5 de abril, señala que “es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados, cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos”, añadiendo que “parece claro que esa necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental [...] que cuando se trata de pruebas lícitas en sí mismas, aunque derivadas del conocimiento adquirido de otra ilícita [...]. Y además, que utilizar dichas pruebas en un proceso penal contra quienes fueron víctimas de la vulneración del derecho fundamental ha de estimarse, en principio, contrario a su derecho a un proceso justo” (Fundamento Jurídico 12).

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo”.<sup>11</sup>

“Tanto las normas de libertad como las normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Por el contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como fundamento del orden político y de la paz social.<sup>12</sup> A tales efectos, reviste especial importancia el interés constitucional en la averiguación y castigo de los delitos graves, cuya defensa corresponde al Ministerio Público”,<sup>13</sup> interés cuya realización a través de la prueba también es limitado.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Vives Antón, Tomás S., *Doctrina constitucional...*, cit., pág. 306.

<sup>12</sup> STC 159/1986, de 12 de diciembre, fundamento jurídico 6.

<sup>13</sup> Vid., entre otros, los Autos Tribunal Constitucional 71/2022, de 27 abril (fundamento jurídico 3), el 26/2022, de 27 enero, fundamento jurídico 3, o el 94/2021, de 5 octubre, fundamento jurídico 5.

<sup>14</sup> Entre otras, vid., la STC 207/1996, de 16 de diciembre (fundamento jurídico 4); la 49/1999, de 5 de abril (fundamento jurídico 7); la 196/2006, de 3 de julio (fundamento jurídico 5), o la 206/2007, de 24 de septiembre (fundamento jurídico 5). Vid., asimismo, con relación específica a los derechos fundamentales del testigo, la STS núm. 285/2011 de 20 abril cuando señala que “las preguntas deben indagar sobre hechos y no sobre las razones del comportamiento del testigo. El interrogatorio de los testigos se encamina a obtener la verdad, pero dicho camino se debe transitar rectamente. El derecho a la prueba no permite abusos, habiendo declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional como este Tribunal Supremo que la práctica de prueba en el proceso penal no tiene un carácter absoluto e ilimitado, quedando excluido lo que sea impertinente, así como lo que sea inútil o pernicioso. El Juez o el Presidente del Tribunal deben velar por el buen orden del proceso, por el respeto debido a quienes en ellos intervienen, y por evitar el empleo de métodos que tergiversen los resultados de la prueba. La protección de las víctimas y de los testigos es, en consecuencia, una obligación del Juez o Tribunal, como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala. Por ello es doctrina de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que entre las funciones del Presidente del Tribunal se encuentra la ponderación de los derechos constitucionales (...) y en concreto el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 de la Constitución Española, y a ello ha de añadirse en el momento actual, que no solo el derecho fundamental debe ser tutelado en su interrogatorio, sino también el derecho a la dignidad de la persona, que constituye el fundamento del orden político y de la paz social conforme al art.10 de nuestra Constitución” (fundamento jurídico 5). En el mismo sentido, entre otras, vid., la STS núm. 779/2012 de 22 octubre, la núm. 673/2007 de 19 julio (Fj. 11), la 849/2013 de 12 noviembre (Fj. 28); la número 484/2018 de 18 octubre (Fj. 7).

El descubrimiento de la verdad y la realización del interés público, por un lado, y el respeto de los derechos fundamentales, por otro, limitan, pues, el discurso, y solo justifican aquellas intromisiones compatibles con el mantenimiento y defensa del contenido esencial de los derechos fundamentales del delincuente<sup>15</sup> —lo que resulta indudable— y también de los testigos.<sup>16</sup> Sin ese respeto los conocimientos adquiridos no pueden ser admisibles<sup>17</sup> ni, mucho menos, servir de soporte a posibles imputaciones delictivas, por ejemplo, por *presunto* delito de falso testimonio o de desobediencia.

En efecto, la protección de los derechos fundamentales debe primar sobre la averiguación de la verdad procesal en determinados supuestos en los que la injerencia sobre los derechos del testigo, desvinculada del objeto procesal, o vinculada, pero desproporcionada, cuestionen su legitimidad.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Vid., entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre (fundamento jurídico 4); la 49/1999, de 5 de abril (fundamento jurídico 7); la 196/2006, de 3 de julio (fundamento jurídico 5); o la 206/2007, de 24 de septiembre (fundamento jurídico 5).

<sup>16</sup> En este punto resultan especialmente ilustrativas las afirmaciones contenidas en la STS 381/2014, de 21 de mayo, cuando señala que “Es necesario aplicar un estándar especialmente riguroso pues quien comparece como testigo en el juicio oral cumpliendo el mandato del art. 118 CE. no puede hacerlo bajo un régimen de inseguridad y de incertidumbre que acabe siendo examinado sobre aspectos íntimos de su persona y vida. Por ello puede afirmarse un principio general de prohibición de prueba cuando recaiga sobre datos protegidos por el derecho a la intimidad del testigo y cuya finalidad no sea la de acreditar hechos del proceso sino simplemente la aportación de máximas de experiencia técnica sobre la credibilidad del testimonio. En definitiva, cuando la defensa solicita una prueba sobre el modo de vida social de una persona llamada como testigo, debe identificar, o el tribunal debe exigirle, de forma rotunda las razones que en términos de proporcionalidad pueden justificar la limitación del derecho a la intimidad de aquella, sin que pueda bastar la simple invocación de la necesidad de un juicio técnico sobre la credibilidad” (fundamento jurídico segundo). En parecidos términos, puede verse con anterioridad la STS 836/2000, de 19 mayo (fundamento jurídico segundo). Tampoco el Tribunal Constitucional olvida la necesidad de tutelar la intimidad del testigo señalando que “toda persona que tenga que declarar ante un órgano judicial como testigo puede verse en la encrucijada de estar obligado a declarar y de que alguna de las preguntas que se le dirijan puedan afectar a su intimidad, por lo que la legislación española contiene cautelas orientadas a conciliar el derecho a preservar su vida íntima con la obligación de declarar” (STC 64/2019, de 9 de mayo).

<sup>17</sup> Cfr. Vives Antón, Tomás S., *Doctrina...*, cit., pág. 305.

<sup>18</sup> Así se deduce claramente, y entre otras muchas resoluciones, de los considerandos de la STS 383/2021, de 5 mayo, cuando proclama que “entre los límites iusfundamentales a la admisión de prueba, destacan los que se derivan del derecho a la intimidad de terceros (...). Y si bien dicho espacio puede ceder o limitarse ante intereses constitucionalmente relevantes, la decisión limitativa ha de presentar siempre una justificación objetiva y razonable que patentice su

En esos supuestos dicho primado debería eliminar cualquier posible imputación delictiva derivada de la respuesta falsaria del testigo,<sup>19</sup> cuando la misma resulte orientada por una finalidad tutelar de sus derechos, lo que podría ocurrir, en su caso, cuando la *invasión de los derechos fundamentales del testigo resulte desproporcionada*, atendiendo a la gravedad del delito que se trata de descubrir, o cuando la *pregunta formulada resulte impertinente (inútil) por desconexión con el objeto procesal*.

En consecuencia, además de la posible atipicidad de la conducta del testigo, que se produciría cuando la pregunta invasiva carezca de relación con el objeto del proceso, también podría resultar factible la aplicación de una causa de inexigibilidad en ciertos supuestos en los que la declaración falsa se realice para superar la intromisión ilegítima sobre la intimidad del testigo por falta de proporcionalidad de la injerencia, aun estando la pregunta relacionada con el *thema decidenci*, lo que podría ocurrir, por ejemplo, por formularse en un procedimiento por delito leve.<sup>20</sup>

Ello es así, porque el juzgador no puede entender la ley penal de cualquier modo. Ni siquiera cumple su cometido de modo constitucionalmente legítimo con remitirse a cualquier clase de entendimiento no arbitrario de las normas procesales y penales. Por el contrario, debe de partir del uso común del lenguaje y del sentido común para aplicar la ley penal de conformidad con la idea de que con ello está en juego el núcleo duro de los derechos fundamentales del ciudadano.<sup>21</sup> Esta máxima determina la imposibilidad de criminalizar el ejercicio de un derecho fundamental

proporcionalidad tanto en un sentido amplio como estricto. Ni el interés público en la investigación de un delito ni el derecho a la prueba de las partes del proceso penal, incluso de la persona acusada, justifican por sí y sin ninguna otra consideración ponderativa una intervención que recaiga sobre la esfera íntima de un tercero. Ninguna persona puede verse despojada a la ligera de sus derechos por la sola razón de que sea llamada al proceso ya sea como testigo o en cualquier otra condición” (fundamento jurídico primero). En la misma línea defensiva de los derechos fundamentales de los testigos, y, especialmente, de su intimidad, vid., el Auto del Tribunal Supremo 467/2022, de 7 abril (fundamento jurídico tercero), y la sts 672/2022, de 1 de julio (fundamento jurídico 1).

<sup>19</sup> O de su falta de respuesta.

<sup>20</sup> Por exceder de los límites de este estudio, restringimos el análisis de la posible configuración de la mentira del testigo como causa de justificación, o de inexigibilidad, en su caso, al mero enunciado de tal problemática, dejando su examen para su desarrollo específico en otro trabajo ulterior.

<sup>21</sup> Vives Antón, Tomás S., “Principios penales y dogmática penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)”, *Derecho y Cambio Social*, Año 7, n.º. 22, 2011, pág. 3

o un acto de tutela del mismo, que sería lo que acontecería si se sancionara al testigo por delito de falso testimonio<sup>22</sup> en el supuesto de que acabara mintiendo para la salvaguarda de su derecho fundamental, siempre, claro está, que el primado del mismo resultara legítimo (ponderados los males, la gravedad del delito investigado...)<sup>23</sup>

## 2. Algunos mecanismos de tutela procesal del testigo: el filtro de impertinencia en sentido amplio

La prueba testifical es una prueba de naturaleza personal en la que el testigo<sup>24</sup> da cuenta de *hechos* de los que ha tenido conocimiento *personal* directo (incluso en el testimonio de referencia el testigo da cuenta de lo que ha escuchado directamente).<sup>25</sup>

La declaración que debe prestar el testigo, aquella sobre la que pesa su obligación de ser veraz, se refiere únicamente a los *hechos*, datos o circunstancias que ha presenciado, oído o percibido sensorialmente de cualquier otra forma, *relacionados y relevantes en la comprobación o averiguación del delito y del*

<sup>22</sup> O de desobediencia, en su caso, si optara por no contestar.

<sup>23</sup> Cfr. Maqueda Abreu cuando señala que se trata de realizar una ponderación de males, el asociado a la aceptación de una vulneración de su intimidad/dignidad/honor, que se produciría si tuviera que contestar verazmente a la pregunta invasiva (impertinente o desproporcionada), y el asociado al perjuicio que de su mentira o falta de declaración se produjera en la investigación criminal, reconociendo la existencia de una zona de impunidad necesaria para salvaguardar la indemnidad del derecho fundamental (“Exigibilidad y derecho a no declararse culpable”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1991, Fascículo 1, pág. 41). En tales supuestos podría entrar en juego una causa de inexigibilidad o de exclusión de la antijuridicidad como mecanismo de defensa, diferenciado de los casos en los que la pregunta es impertinente en sentido estricto por falta de relación con el objeto procesal, donde faltara el testimonio mismo, con la consiguiente atipicidad de la conducta.

<sup>24</sup> “Testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia” (ssts 971/1998, de 27 julio, fundamento jurídico 3; 1989/2000, de 3 mayo, fundamento jurídico 2; 701/2004, de 21 mayo, fundamento jurídico 2; 1159/2005, de 10 octubre, fundamento jurídico 5; 332/2006 de 14 marzo, fundamento jurídico 2; 1168/2006, de 29 noviembre, fundamento jurídico 8; 249/2008 de 20 mayo, fundamento jurídico 8; vid., asimismo, la Consulta núm. 1/2000, de 14 abril, de la Fiscalía General del Estado).

<sup>25</sup> Sobre el significado de la prueba testifical, vid., con carácter general, Montero Aroca, J./Gómez Colomer, J.L./Montón Redondo, A./Barona Villar, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 407 y sigs.

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

*delincuente*,<sup>26</sup> sin que dicha obligación de veracidad<sup>27</sup> resulte extensible a otros *hechos o circunstancias* que desvinculados del objeto del proceso,<sup>28</sup> pertenezcan, por ejemplo, al ámbito de su propia intimidad. Tampoco alcanzaría a los hechos vinculados y necesarios para el esclarecimiento de la verdad procesal si dicho conocimiento resulta desproporcionado frente al interés público en la averiguación del delito, tal y como se desprende del valor de la Constitución y de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> En este sentido, el art. 421 LECrim señala expresamente que *el Juez de instrucción o municipal en su caso hará concurrir a su presencia y examinará a los testigos citados en la denuncia o en la querrela, o en cualesquiera otras declaraciones o diligencias, y a todos los demás que supieren hechos o circunstancias o poseyeran datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente. Se procurará, no obstante, omitir la evacuación de citas impertinentes o inútiles*. Entendemos por conveniente en los términos declarativos sobre los que debe contestar el testigo, aquello que resulte útil, oportuno, o provechoso para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente, esto es, aquello que tuviera relación relevante con el objeto procesal. En parecidos términos, entre otros, Montero Aroca, J./Gómez Colomer, J.L./Montón Redondo, A./Barona Villar, S., *Ibid.*

<sup>27</sup> Ni tampoco la obligación misma de contestar a las preguntas que se le formulen, pues ésta solo alcanza a las ordenes legítimas. Esta legitimidad resulta cuestionable frente a una pregunta desvinculada del objeto procesal (impertinente) o desproporcionada por no superar dicho juicio de legitimidad de las injerencias en derechos fundamentales. En tales supuestos si el testigo optara por no contestar a la pregunta invasiva, desconectada del objeto procesal —impertinente en sentido estricto— o desproporcionada, consideramos que su conducta no debería asociar ninguna consecuencia negativa, igual que si optara por faltar a la verdad ante este mismo tipo de preguntas (impertinentes o desproporcionadas).

<sup>28</sup> Entre otros, Faraldo Cabana, P., *Falso testimonio...*, cit., pág. 149; Domínguez Izquierdo, E. M., *El falso testimonio...*, cit., pág. 232; Mares Roger F./Martínez Lluésma, J.: “Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX”, en C. Ganzenmüller/J. F. Escudero/J. Frigola (coords.), *Delitos contra la Administración Pública; contra la Administración de Justicia y contra la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 206; Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., *Comentarios...*, cit., pág. 991.

En el mismo sentido, vid., entre otras, las Sentencia del Tribunal Supremo 107/2021, de 10 de febrero, fundamento jurídico segundo; 318/2006, de 6 de marzo, fundamento jurídico cuarto; o la 121/2019, de 4 de noviembre, fundamento jurídico sexto.

<sup>29</sup> Vid., por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1986, de 12 de diciembre, cuando señala que “tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la Constitución como ‘fundamento del orden político y de la paz social’. Así este Tribunal pudo declarar en su Sentencia 25/1981, de 14 de julio (src 1981\25), que los derechos fundamentales resultan ser ‘elementos

Estos datos afectantes a la intimidad del testigo —ajenos al proceso, o vinculados pero cuyo conocimiento resulte ilegítimo—<sup>30</sup> se relacionan de forma diferente con la obligación de testificar,<sup>31</sup> y, por ende, con la obligación de ser veraz,<sup>32</sup> bien por no realizar el elemento típico *testimonio*,<sup>33</sup> cuando nos encontremos ante una pregunta invasiva de la intimidad del testigo desvinculada del objeto procesal o innecesaria para el esclarecimiento de los hechos (pregunta impertinente en sentido estricto), bien porque integrando dicho testimonio y resultando relevante no supere

esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional’, reiterando posteriormente el destacado interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales. Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable, a la eficacia y a la esencia de tales derechos” (fundamento jurídico 6). En el mismo sentido, vid. la src 51/1989, de 22 de febrero (fundamento jurídico 2).

<sup>30</sup> En los términos de legalidad y proporcionalidad exigidos por el Tribunal Constitucional para legitimar cualquier injerencia en los derechos fundamentales.

<sup>31</sup> Y también con el delito de desobediencia, vid., supra, nota 3. Conviene no perder de vista esta aclaración extensible y aplicable a todos los supuestos en los que frente a una pregunta impertinente o desproporcionada (por invasiva de derechos fundamentales), el testigo optara por no contestar.

<sup>32</sup> En este sentido, vid., la sts 957/1996, de 27 de noviembre, que con motivo del recurso planteado por la negativa del Presidente del Tribunal a que dos testigos contestaran a ciertas preguntas justifica el rechazo de la pregunta impertinente (sobre si mantenía relación sentimental con determinada persona) afirmando que “nadie debe ser requerido a declarar sobre un hecho estrictamente personal y que afecta a su intimidad, protegido tal derecho por el artículo 18.1º de la Constitución Española, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por lo que la pregunta está correctamente rechazada al estar ajustada a derecho, y en todo caso sin trascendencia en el proceso” (fundamento jurídico primero). En la misma dirección, vid., entre otras, la sts 1333/2000, de 18 de julio, que reafirma la legitimidad de la negativa del Tribunal a que el testigo conteste la pregunta sobre si la testigo “había mantenido relaciones sexuales ese día o el anterior con su marido”, en un proceso por posible violación. El Tribunal supremo confirma la impertinencia de la pregunta “no solo porque carece de toda efectividad para alterar la convicción, sino, en efecto, porque supone una injustificada y censurable injerencia en la intimidad de la persona afectada protegida por la propia Constitución” (fundamento jurídico primero).

<sup>33</sup> Vid., *infra*, sobre el significado del testimonio típico. Tampoco consideramos que realizaría el requisito de la legitimidad de la orden frente a la que se desobedece —o el de la consideración de grave de la propia desobediencia—, aunque, como hemos manifestado, por lo limitado de nuestro estudio, este tema no es objeto de tratamiento específico (vid., supra, nota 3).

el juicio de ponderación implicado en el principio de que toda injerencia en derechos fundamentales resulte proporcionada además de legal (pregunta desproporcionada).

El testimonio típico es, por lo tanto, un testimonio relevante sobre los hechos objeto de enjuiciamiento, que son los que constituyen el sustrato de la prueba testifical. Sin embargo, y siendo esto cierto, también lo es que para la averiguación de estos hechos<sup>34</sup> puede ser necesario el conocimiento de algún dato o circunstancia íntima del testigo sobre el que podrá formularse la correspondiente pregunta,<sup>35</sup> que deberá contestarse con verdad, si dicho conocimiento resulta legal y proporcionado al sacrificio que asocia. En otro caso, esto es, si el conocimiento del dato íntimo relacionado con la causa no supera el juicio de proporcionalidad que legitima la injerencia en el derecho fundamental del testigo, éste podría optar por faltar a la verdad para salvaguardar su intimidad —o por no contestar— sin que en tales casos consideremos que tal conducta pueda asociar ninguna consecuencia negativa.<sup>36</sup>

En consecuencia, y de conformidad con lo dicho, resulta fundamental clarificar el régimen jurídico de los datos y circunstancias personales/íntimas del testigo que en el marco del proceso penal puedan ser objeto de requerimiento, pues su distinta naturaleza y significado determinarán sus efectos ante una posible respuesta inveraz del testigo.

Veamos, pues, cada una de las distintas situaciones que pueden producirse en el marco de la prueba testifical.

## **2.1 Conocimiento de datos personales del testigo relevantes y relacionados con la causa**

El conocimiento de datos personales del testigo resultará perfectamente legítimo, siempre que no exista afectación de otros derechos fundamentales.<sup>37</sup>

El derecho fundamental a la protección de datos personales, proclamado en el artículo 18.4 CE, tiene

carácter autónomo frente a los restantes derechos del individuo, fundamentales o no, representando al tiempo un instituto de garantía de los mismos.

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, permitiendo, asimismo, al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.<sup>38</sup>

Por lo que se refiere a los límites del derecho fundamental a la protección de datos personales, dado que, igual que ocurre con la intimidad, no existe en la Constitución previsión expresa de las vías de limitación del derecho, éste podrá ceder ante la defensa de un interés constitucional legítimo, cuando exista habilitación legal para ello, siempre que la injerencia resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la defensa del interés que justifica la intromisión.<sup>39</sup>

Como quiera que la defensa y seguridad del Estado, así como la averiguación de los delitos, constituyen fines legítimos para la limitación de los derechos fundamentales, la legitimidad de la injerencia en el derecho a la protección de datos personales dependerá de la existencia de previsión legal para su práctica y de su proporcionalidad, ya que éste, como el resto de derechos fundamentales, no tiene carácter absoluto, pudiendo limitarse legítimamente con el cumplimiento de las garantías constitucionales establecidas al efecto. Exigencias de previsión legal y proporcionalidad sobre las que no existe duda, tal y como se establece en el artículo 1 y siguientes de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, siempre y cuando el conocimiento de los mismos no afecte a otro derecho fundamental cuya limitación pueda resultar ilegítima —por ilegal o desproporcionada—.

En consecuencia, los datos personales del testigo podrán ser objeto de comunicación judicial sin nece-

<sup>34</sup> Relacionados con el objeto del proceso y necesarios.

<sup>35</sup> Si las preguntas resultan pertinentes.

<sup>36</sup> También puede mentir (o no contestar, en caso de delito de desobediencia) ante la pregunta invasiva de su intimidad no relacionada e irrelevante para el enjuiciamiento, pero en tal caso, como hemos señalado faltará el elemento típico del testimonio, con la consiguiente atipicidad de la conducta del testigo.

<sup>37</sup> Pues en tal caso, la injerencia deberá respetar las garantías asociadas al derecho afectado.

<sup>38</sup> Entre muchas otras, vid. la STC 292/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico 7, la 39/2016, de 3 marzo, fundamento jurídico tercero, o más recientemente la 76/2019 de 22 mayo, fundamento jurídico 5.

<sup>39</sup> Vid., por todas, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico 9, la 199/2013 de 5 diciembre, fundamento jurídico quinto, o la 76/2019 de 22 mayo, fundamento jurídico 4.

### Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

sidad de consentimiento del afectado cuando resulte necesario a los fines del proceso.<sup>40</sup>

#### 2.2 Conocimiento de datos de carácter íntimo que por su relación con la causa puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos.

El derecho fundamental a la intimidad personal, proclamado en el artículo 18.1 CE, garantiza “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana”,<sup>41</sup> lo que conduce al concepto de acto íntimo como presupuesto de protección, cuyo contenido puede determinar personalmente el sujeto,<sup>42</sup> pudiendo cada persona reservarse un espa-

cio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio.<sup>43</sup>

El derecho a la intimidad personal no se extiende a los objetos y datos ajenos a la esfera reservada del individuo. En este sentido, se consideran elementos que forman parte del ámbito propio y reservado de lo íntimo (datos íntimos), amparados por el derecho fundamental a la intimidad personal, por ejemplo, y entre otros, las agendas y los documentos incluidos en ellas,<sup>44</sup> la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado,<sup>45</sup> los datos relacionados con la salud física y psíquica de las personas,<sup>46</sup> los datos del ordenador,<sup>47</sup> los datos relacionados con la libertad sexual,<sup>48</sup> etcétera.

El problema que rodea la delimitación del contenido de este derecho es su propia indeterminación. En este sentido resultan ilustrativas las afirmaciones de LÓPEZ DIAZ,<sup>49</sup> quien, tras ofrecer un amplio elenco de definiciones doctrinales del derecho a la intimidad, refleja su desánimo, señalando las grandes dificultades que encierra el intento de especificación de lo que es la vida privada o la intimidad y, en consecuencia, del derecho que ampara su respeto. A su juicio, “si se acude a ideas muy generales la definición queda muy poco indicativa de aquello a lo que se refiere y se llega a una imprecisión que confunde el concepto definido con cosas que están fuera de él. Eso es también lo que ocurre cuando se hace una enumeración de los posibles supuestos integrantes del contenido del derecho mismo, ya que al hacer una enumeración de tipo procedimiento (técnica que ha sido tan empleada respecto al derecho a la intimidad) nunca se podrán prever todos los casos posibles, que variarán con las

<sup>40</sup> En este sentido, el Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece lo siguiente en el art. 6: *1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.*

<sup>41</sup> Vid., entre otras muchas, la STC 231/1988, de 2 de diciembre; la 197/1991, de 17 de octubre; la 99/1994, de 11 de abril; la 143/1994, de 9 de mayo; la 207/1996, de 16 de diciembre; la 98/2000, de 10 de abril; o la 156/2001, de 2 de julio.

<sup>42</sup> En opinión de Pardo Falcón, desde hace algún tiempo, el Tribunal Constitucional ha adoptado una concepción subjetiva de la intimidad, considerando como acto íntimo no lo que se considere como tal según las pautas culturales o sociales del momento, sino lo que personalmente entienda el sujeto. A su juicio, este modo de concebir el derecho fundamental proclamado en el art. 18.1 CE adquiere relevancia frente a la que denomina “concepción objetiva de la intimidad” (por todas, STC 207/1996, de 16 de diciembre), en diversas resoluciones, como, por ejemplo, en la STC 134/1999, de 15 de julio o 127/2003, de 30 de junio (“Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en *Comentarios a la Constitución Española*, Dirigido por Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Dykinson, Madrid, 2008, p. 422).

<sup>43</sup> Entre otras, vid. las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: 127/2003, de 30 de junio, fundamento jurídico 7; 89/2006, de 27 de marzo, fundamento jurídico 5; la 173/2011, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 2; o la 241/2012 de 17 diciembre, fundamento jurídico 3.

<sup>44</sup> STC 70/2002, de 3 de abril, fundamento jurídico 10.

<sup>45</sup> STC 197/1991, de 17 de octubre, fundamento jurídico 3.

<sup>46</sup> STC 70/2009, de 23 de marzo (fundamento jurídico 2), 159/2009, de 29 de junio (fundamento jurídico 3). Vid., asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, núm. 276/2010, de 15 de noviembre, con relación a la salud del trabajador.

<sup>47</sup> STC 173/2011, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 3. Con relación a los datos del ordenador utilizado en el trabajo, vid., Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 30 de mayo de 2003.

<sup>48</sup> Entre otras, vid., la STS de 10 de noviembre de 1993 o la de 18 de julio de 2000.

<sup>49</sup> *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996, págs. 192 y 193.

circunstancias, sin que tampoco se consiga una claridad absoluta”.<sup>50</sup>

Ante tal realidad, y por lo valioso de sus aportaciones, optamos por acoger la doctrina ofrecida por el intérprete máximo de la Constitución, ya que con ello evitamos innecesarios esfuerzos que de antemano parecen abocados al fracaso.

Al mismo tiempo, respetamos la opción constitucional que, sin definir el derecho a la intimidad, utiliza la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, dejando la fijación de su contenido en manos de su intérprete por excelencia.<sup>51</sup>

Así pues, será la doctrina del Tribunal Constitucional la que permitirá el esclarecimiento del derecho a la intimidad. Doctrina complementada, en su caso, con los pronunciamientos del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos (TEDH), relevantes en la materia (artículo 10 CE<sup>52</sup>).

Sobre el papel que desempeña el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el orden jurídico español, resultan especialmente ilustrativas las palabras de MORENILLA RODRÍGUEZ.<sup>53</sup> En su opinión, el CEDH desempeña un doble papel en el derecho interno como Tratado internacional y como Tratado sobre derechos humanos. “Como Tratado internacional, válidamente celebrado y publicado oficialmente en España, sus disposiciones normativas forman parte del ordenamiento interno, conforme al artículo 96.1 de la Constitución”, *sin que sus disposiciones puedan ser derogadas, modificadas o suspendidas en forma distinta de la prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional (art. 96 CE)*. Como Tratado internacional sobre derechos humanos tiene, conforme al artículo 10.2 de la Constitución, una posición más preeminente entre las fuentes de Derecho, ya que sus normas —y la jurisprudencia del Tribunal Europeo

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> A este respecto la doctrina se ha manifestado con profusión. Así, vid., entre otros muchos, Gómez Pavón. En su opinión, el texto constitucional ha utilizado con relación al derecho citado la técnica del concepto jurídico indeterminado, mediante el cual se consigue una más fácil adaptación a las circunstancias de cada momento histórico. Pero esta ventaja va unida a su ambigüedad, y no sólo porque en cierto modo deja su contenido a la interpretación judicial, sino por su propia naturaleza, ya que el derecho a la intimidad parece resistirse a todo intento de formulación (*La intimidad como objeto de protección penal*, Akal, Madrid, 1989, pág. 29); Herrero-Tejedor (*Honor, intimidad y propia imagen*, 2ª edición, Colex, Madrid, 1994, pág. 75), señala que nuestro texto constitucional no hace sino garantizar el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Ni en el artículo 18.1 ni en ningún otro precepto se aportan más datos respecto a su contenido, aparte de las manifestaciones concretas de la intimidad recogidas en los apartados 2 y 3 del propio artículo 18 (*Ibid.*); Schmidt (“Zur Problematik des Indiskretionsdelikte”, *ZStW*, 79, págs. 751 y ss., cit., por Bajo Fernández, M., “Protección del honor y de la intimidad”, *Comentarios a la legislación penal, Derecho Penal y Constitución*, Tomo I, Edersa, Madrid, 1982 pág. 100) matiza que estos derechos de la personalidad a que se refiere la Constitución, como el derecho a la intimidad, y que luego no son aclarados por las normas jurídicas de rango inferior, han de ser precisados por la jurisprudencia cumpliendo su tarea de completar el ordenamiento jurídico; Morales Prats (*La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984, pág. 95) afirma que nuestra Constitución, a diferencia de otros textos constitucionales del entorno cultural (excepción hecha de la Constitución portuguesa de 1976), proclama expresamente el derecho a la intimidad. Con ello, se evitan planteamientos sobre la existencia de un derecho a la privacy ínsito en otros derechos o valores constitucionales, o bien derivado del carácter vinculante de las convenciones internacionales sobre derechos humanos ratificadas por España (...). Sin embargo, el reconocimiento expreso del derecho a la intimidad no exime de una interpretación del mismo que satisfaga las exigencias en orden a la debida articulación del precepto con los valores y principios informadores que presiden el cuadro de derechos fundamentales configurado por la constitución (*Ibid.*).

<sup>52</sup> Artículo 10.2 C.E.: *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

En cualquier caso, la vaguedad de estas declaraciones dificulta la clarificación del derecho.

En este sentido, el contenido del artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se limita a señalar que *nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación*, añadiendo que *toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.*

Por su parte, el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre señala que *1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2. No puede haber interferencias de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo que esta interferencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, para la seguridad pública, para el bien económico del país, la defensa del orden, la prevención de las infracciones penales, para la protección de la salud o de la moral, o para la protección de los derechos y las libertades de otros.*

Por último, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 1966, que reproduce casi íntegramente la fórmula adoptada en la Declaración Universal de 1948, establece: *1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*

*2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra estas injerencias o esos ataques.*

<sup>53</sup> “Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *P.J.*, nº Especial II, 2ª época, 1987, págs. 102-103.

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

que lo interpreta— tienen una eficacia concreta en la interpretación del propio texto constitucional en materia de derechos humanos”. Sobre este particular, precisa LINDE PANIAGUA<sup>54</sup> que la autovinculación de la Constitución española a la interpretación practicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a los efectos de verificar el sentido de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, debe entenderse como vinculación a un estándar mínimo susceptible de verse incrementado por la legislación española y la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

En consecuencia, partiendo de la configuración constitucional del Derecho a la intimidad, podemos distinguir en el mismo una doble dimensión objetiva y subjetiva.

La *dimensión objetiva del derecho* aborda el problema de identificar los ámbitos materiales sobre los que se puede reclamar la pretensión general de reserva,<sup>55</sup> asegurando unos espacios de libertad que culturalmente se consideran como garantía de respeto de la vida privada y familiar. Esta perspectiva asegura a cada ciudadano ese “ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana”, que otorga una “facultad negativa o de exclusión que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones” o, lo que es lo mismo, que reconoce al titular del derecho el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.

De acuerdo con lo expuesto, adquiere importancia capital delimitar cuál sea la denominada “esfera íntima”, es decir, concretar cuáles son los ámbitos, datos o informaciones que constitucionalmente merecen la consideración de íntimos. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en un primer momento, adoptó una concepción restringida que con el tiempo ha ido ampliando por distintas vías.<sup>56</sup> Por

ejemplo, extendiendo la protección constitucional a nuevos ámbitos o espacios del cuerpo que en principio no podían considerarse íntimos. Tal es el caso de la toma de muestras de cabello o de sangre, pues a su través se accede a ciertos conocimientos que con carácter general o particularmente para el titular puede considerar reservados.

En estos casos la realidad física del sujeto, su misma entidad corpórea, pueda ser fuente de datos que faciliten la investigación penal e incluso puedan ser tenidos en cuenta a efectos probatorios.<sup>57</sup> Es entonces cuando el mismo, sin perder su cualidad de sujeto del proceso, adquiere al tiempo la de instrumento de la actividad probatoria, ya que de su propia corporeidad pretenden extraerse datos o elementos decisivos en la actividad investigadora y de comprobación de los delitos.<sup>58</sup> Tales actuaciones no suelen dejar indemne la intimidad de la persona, sino que, por el contrario, su práctica determina, por lo común, importantes limitaciones en el citado derecho, cuya gravedad varía en función de la medida de que se trate y del modo en que la misma se realice, debiendo ser objeto de riguroso control para evitar afecciones innecesarias de derechos fundamentales.

Estas afecciones vienen propiciadas por los avances tecnológicos, que favorecen el acceso a los más íntimos recodos del individuo,<sup>59</sup> sin necesidad de ma-

<sup>54</sup> *El sistema europeo de protección de los derechos humanos: estudio de la convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, con Luis Ignacio Ortega Álvarez Miguel Sánchez Morón y Eduardo García de Enterría Martínez-Carande 2ª Edición, Civitas, Madrid, 1983, pág. 181.

<sup>55</sup> González Cussac, J. L., “Tutela penal de la intimidad y grabación de la conversación por uno de los interlocutores”, *Revista Penal*, n. 46, Julio 2020, pág. 103.

<sup>56</sup> Como señala Carrillo “la intimidad no es un derecho de objeto predeterminado e inmutable” (La intimidad, las celebridades y el derecho a la información”, *Actualidad Civil Jurisprudencia*, n.º 16/2008 (2.ª quincena septiembre), pág. 8).

<sup>57</sup> Huertas Martín, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 371. En el mismo sentido se manifiestan otros autores, así, por ejemplo, Asencio Mellado (*Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, págs. 137 y ss.). En su opinión, la admisibilidad de la utilización del cuerpo del imputado mediante actos de intervención en el mismo, a efectos de investigación y comprobación de los delitos, constituye hoy uno de los temas más complejo que se plantean en el panorama jurídico. La falta de regulación específica en nuestras normas procesales, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos europeos, viene a complicar la labor doctrinal y jurisprudencial en la materia, generando actitudes encontradas en ambos órdenes de la ciencia jurídica con base en criterios en igual medida razonables (*Ibid.*).

<sup>58</sup> Huertas Martín, M.I., *Ibid.*

<sup>59</sup> En este sentido es unánime la denuncia de que las nuevas tecnologías suponen un serio peligro para la intimidad. La facilidad de vulneración de este derecho va en aumento a medida que avanzan y perfeccionan las técnicas de grabación, captación de imágenes, reproducción y transmisión de datos, etcétera. En este sentido, resultan ilustrativas las palabras de González Cussac cuando señala que jurisprudencialmente se reconocen dos facetas distintas dentro del mismo derecho a la intimidad (A) una más topográfica, que otorga a su titular facultades de exclusión y vincula intimidad con actos, ámbitos o aspectos concretos de la vida personal: un área reservada denominada ‘esfera íntima (el domicilio, la realidad corporal, las comunicaciones a distancia...). Intimidad equivale así a derecho a mantener en secreto, de forma reservada, determinados espacios de

yores intromisiones corporales que las derivadas, por ejemplo, del simple corte de un pelo.

Por otro lado, y paralelamente, se va consolidando una *dimensión subjetiva de la intimidad* que relaciona el derecho con lo que cada uno considera que debe permanecer reservado. Esta concepción del derecho fundamental comporta que la conducta y voluntad del propio sujeto desempeña un papel decisivo en la delimitación del ámbito material propio reservado y protegido, pues con su propia conducta cada ciudadano acota el ámbito de intimidad que reserva al conocimiento ajeno, tanto en sentido negativo o de exclusión de terceros, como en sentido positivo.

En efecto, junto a la genérica potestad para disponer de la vida privada, el contenido del derecho a la intimidad es tributario de la libertad del titular de delimitar los contornos que han de servir para definirla. “Es vicario de la autodeterminación personal para configurar un proyecto de vida. Por esta razón, la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional subraya que la norma fundamental no garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla. Es decir, lo que realmente salvaguarda el derecho a la intimidad es el derecho de la persona a poseer vida privada, de forma tal que disponga de un poder para controlar la publicidad de la información que sobre ella o su familia se haga. Y ha de ser un poder de decisión que debe ser ejercido con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al margen de conocimiento público. Por tanto (...), las señas

---

nuestra vida. B) Y otra, de tradición jurídica más reciente, vinculada a la utilización masiva de nuevas tecnologías altamente invasivas, según la cual junto a una dimensión topográfica o material, la intimidad también incorpora una dimensión informativa, referida al control de los datos e informaciones que son relevantes para la vida privada de la persona” (“Tutela penal...”, cit., pág. 104). En la misma línea, vid., Carrillo, M., “La intimidad...”, cit., pág. 5.

Otro factor de riesgo para la intimidad se sitúa en la tendencia social a que el Estado satisfaga la necesidad de seguridad del ciudadano, lo que supone la recogida de un número incesante de datos sobre la vida de cada particular. Esta aspiración de seguridad absoluta no puede satisfacerse por el Estado sin un conocimiento profundo de la situación de cada individuo, lo que lleva inevitablemente a que se inmiscuya en la vida privada de las personas. La seguridad lleva en germen una limitación de la intimidad (por ejemplo, a través de las bases de datos de ADN). En esta línea señala Carrillo “que con el progreso tecnológico, los poderes públicos adoptan nuevas formas de control sobre esferas diversas de la vida privada de la persona (...). En principio, la necesidad de protección de la intimidad se comprende más por la expansión creciente, incisiva a veces, del poder público y de ese nuevo *Leviathan* de nuevo cuño en que se ha transformado la Administración del Estado so- cial” (*Ibid.*, pág. 4).

de identidad del derecho a la intimidad se asientan más en la libre disponibilidad sobre lo privado que en el contenido del ámbito de lo privado”.<sup>60</sup>

En este mismo sentido, resultan muy ilustrativas las afirmaciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2011, de 7 de noviembre, cuando señala que “lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio (SSTC 127/2003, de 30 de junio -Fj. 7; 89/2006, de 27 de marzo, Fj. 5)”.<sup>61</sup>

De cualquier forma, esta concepción subjetiva del derecho a la intimidad no significa en ningún caso su carácter absoluto.

Por el contrario, al igual que el resto de derechos fundamentales, el mismo no tiene carácter ilimitado, pudiendo ceder ante el correspondiente interés constitucional relevante, como pueda ser la persecución del delito, siempre que concurren ciertos requisitos de legitimidad,<sup>62</sup> a saber:

1. Existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la investigación de un delito;
2. Que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad);
3. Que como regla general la limitación se acuerde mediante resolución judicial motivada, si bien debido a la falta de reserva constitucional a favor del juez, la Ley puede autorizar excepcionalmente a la policía judicial para determinadas prácticas;

---

<sup>60</sup> CARRILLO, M.: “Intimidad...”, cit., pág. 8.

<sup>61</sup> Fundamento jurídico segundo. En la misma dirección, vid., entre otras muchas, la STC 241/2012, de 17 diciembre, cuando afirma que “la esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena (SSTC 89/2006, de 27 de marzo, F. 5; y 173/2011, de 7 de noviembre), y que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 159/2009, de 29 de junio, F. 3” (fundamento jurídico segundo)”, o la 18/2015 de 16 febrero, que insiste en que “a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno” (fundamento jurídico quinto).

<sup>62</sup> Vid., por todas, STC 207/1996, fundamento jurídico 4.

### Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

4. Estricta observancia del principio de proporcionalidad de la medida, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la misma.

En consecuencia, y de acuerdo con lo dicho, la legitimidad de la injerencia en la intimidad, derivada de la formulación de una pregunta invasiva al testigo, relacionada con los hechos enjuiciados dependerá de su legalidad y proporcionalidad.

La *cobertura legal para su práctica*, contenida con carácter general en los correspondientes preceptos de la LECrim reguladores de la prueba testifical, enlaza con las *exigencias de pertinencia en sentido amplio*<sup>63</sup> que debe asociar la formulación de las pruebas y, por ende, de las preguntas admisibles.<sup>64</sup> Es decir, en el caso que estamos analizando en este epígrafe, referido al conocimiento de datos de carácter íntimo que por su relación con la causa puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos, dichas exigencias —de pertinencia— se concretarán básicamente en el planteamiento de las preguntas que sean necesarias para lograr la convicción del órgano judicial sobre

la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso,<sup>65</sup> *siempre y cuando dicha pregunta pertinente*<sup>66</sup> *no determine o acabe en una injerencia ilegítima del derecho fundamental*,<sup>67</sup> lo que acontecería, por ejemplo, cuando el conocimiento del dato íntimo sobre el que se requiere una respuesta al testigo no resultara proporcionado en sentido estricto<sup>68</sup> para la realización del interés público en la averiguación de la verdad procesal.

En consecuencia, la pregunta pertinente por su relación con el *thema decidendi*, necesaria para producir la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso,<sup>69</sup> debe resultar, además, conforme con las exigencias constitucionales que legitiman su admisión, entre las que se encuentran, lógicamente, que la injerencia que determina la pregunta en los derechos fundamentales del testigo resulte proporcionada a los fines públicos<sup>70</sup> que la justifican.<sup>71</sup> Proporcionalidad que no

<sup>63</sup> Vid., *supra*, nota 7.

<sup>64</sup> En este sentido se señala que el derecho de defensa y el derecho de propuesta de prueba como derecho fundamental que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, “no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (sstc 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, fundamento jurídico 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*” (stc 26/2000, de 31 de enero, fundamento jurídico 2).

Pertinencia que, además, tal y como resulta del sentido y límites del texto constitucional y de los derechos fundamentales allí establecidos, no podrá interpretarse y aplicarse nunca de forma contraria o vulneradora de derechos fundamentales (fundamento jurídico 7.1.3 de la stc 25/2022, de 23 febrero, y resto de resoluciones allí citadas —entre otras muchas, sstc 111/1993, de 25 de marzo, fundamentos jurídicos 5 y 6; 297/2000, de 11 de diciembre, fundamento jurídico 4; 185/2003, de 27 de octubre, fundamento jurídico 5, y 108/2008, de 22 de septiembre, fundamento jurídico 3—, ya que aunque sus considerandos se refieren específicamente a la imposibilidad de interpretar los tipos penales en sentido contrario a los derechos fundamentales, tales contenidos son perfectamente extrapolables a la interpretación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en nuestro caso sobre la pertinencia de las pruebas/preguntas—, y lógicamente de cualquier otra norma de nuestro ordenamiento jurídico).

<sup>65</sup> Vid. la stc 25/2022 de 23 febrero, fundamento jurídico 4.3, cuando señala que el derecho a la prueba, unido indisolublemente al derecho de defensa del art. 24.2 CE “se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso” (stc 37/2000, de 14 de febrero, fundamento jurídico 3, reproducida, entre otras, en sstc 19/2001, de 29 de enero, fundamento jurídico 4; 133/2003, de 30 de junio, fundamento jurídico 3; y 212/2013, de 16 de diciembre, fundamento jurídico 4).

<sup>66</sup> Por relacionada con el objeto procesal y necesaria (relevante) para el esclarecimiento.

<sup>67</sup> Cfr. Fundamento jurídico 7.1.3 de la stc 25/2022, de 23 febrero, y resto de resoluciones allí citadas —entre otras muchas, sstc 111/1993, de 25 de marzo, fundamentos jurídicos 5 y 6; 297/2000, de 11 de diciembre, fundamento jurídico 4; 185/2003, de 27 de octubre, fundamento jurídico 5, y 108/2008, de 22 de septiembre, fundamento jurídico 3—. En la misma línea, vid. la sts 671/2021, de 9 de septiembre, sobre la posibilidad de rechazo de las pruebas por impertinentes (no relacionadas con el objeto procesal o innecesarias) y/o por inadmisibles en el sentido de contraria a las disposiciones de la Constitución, en cuanto vulneradoras de derechos fundamentales (por ejemplo, por no superar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, referido a la necesidad de que la injerencia en el derecho fundamental se pretenda por delitos graves) (fundamento jurídico 16).

<sup>68</sup> Desde los parámetros constitucionales del juicio de proporcionalidad que debe superar cualquier injerencia legítima en derechos fundamentales.

<sup>69</sup> Entre otras, vid., la stc 25/2022 de 23 febrero, fundamento jurídico 4.3.

<sup>70</sup> De averiguación de la verdad, como interés público legítimo.

<sup>71</sup> Vid., por su claridad en este sentido, la sts 671/2021, de 9 de diciembre (fundamento jurídico 16).

existirá, por ejemplo, si la intromisión en la intimidad del testigo no viene determinada por la investigación de un delito grave,<sup>72</sup> ya que dicho indicador legítima con carácter general la afcción de los derechos fundamentales en el procedimiento penal.<sup>73</sup> En estos supuestos de desproporcion deberá primar la salvaguarda de los derechos, debiendo rechazarse la intromisión,<sup>74</sup> declarando la pregunta impertinente

<sup>72</sup> En este punto debemos señalar que la exigencia de proporcionalidad de la injerencia en un derecho fundamental por referirse a la investigación de un delito grave constituye una regla procesal de común aceptación, confirmada por el Tribunal Constitucional, y también en distintas Leyes Orgánicas.

Así, con carácter general (y con reiteración en otras resoluciones del Alto Tribunal) la STC 49/1999, de 5 de abril, señala que el TEDH acepta como garantía adecuada frente a los abusos que la injerencia sólo pueda producirse allí donde “existan datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave” —Caso Klass, núm. 51— o donde existan “buenas razones” o “fuertes presunciones” de que las infracciones están a punto de cometerse —Sentencia del TEDH, de 15 de junio de 1992, caso Ludi, núm. 38— (fundamento jurídico 8). Asimismo, continúa la citada resolución, “las genéricas exigencias de seguridad jurídica reclaman la actuación de los órganos judiciales en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente resulte necesaria, adecuada y proporcionada la injerencia corporal, acordándola con relación a las personas presuntamente implicadas en el mismo y respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no puede afirmarse que el Juez haya vulnerado, por la falta de calidad de la ley (fundamento jurídico 5).

En efecto, la legitimidad de una injerencia en un derecho fundamental, por ejemplo, una intervención corporal, idónea y necesaria, dependerá de que la limitación de los derechos del sujeto no resulte desmedida en comparación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes. Ello exigirá que su destinatario sea aquél que se presume (fundadamente) autor o partícipe del delito grave investigado o que pueda estar relacionado con él, pues, de otra forma, la medida será desproporcionada. Si esta limitación de la proporcionalidad de la injerencia por la gravedad del delito resulta adecuada para limitar los derechos del detenido o imputado también debería serlo para aquel que sin ser parte interviene en el proceso como testigo, pues sus derechos fundamentales deben ser de igual salvaguarda, al menos, que los del investigado, sospechoso o acusado.

Por último, las medidas de intervención serán ilegítimas si los indicadores del interés de persecución penal no son importantes (principalmente la gravedad del delito, el grado de la imputación y la probabilidad de éxito de la diligencia). Interés que habrá de ser tanto mayor cuanto más graves sean las medidas (proporcionalidad en sentido estricto).

<sup>73</sup> Sobre el significado de los indicadores del interés estatal, vid., por todos, González-Cuellar Serrano, N., “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, 1998, pág. 254 y ss.

<sup>74</sup> En el supuesto de fallo del mencionado filtro de rechazo, dado el sistema procesal de recursos, extraño al testigo, su pretensión reparadora solo podrá ejercitarse en un eventual procedimiento posterior.

En cualquier caso, conviene tener presente que las carencias e irregularidades advertidas en la práctica de una testifical deben denunciarse en el momento en el que se producen, a efectos

por invasiva de la intimidad (*filtro de impertinencia en sentido amplio*<sup>75</sup>).

De esta forma, el citado filtro asegura la tutela de los derechos fundamentales del testigo,<sup>76</sup> directamente, mediante la oportuna declaración de impertinencia, que evitara la necesidad de respuesta por parte del testigo, o de forma indirecta, cuando, a falta de la misma,<sup>77</sup> se dirija al testigo la pregunta relacionada con el objeto procesal, pero invasiva por desproporcionada,<sup>78</sup> supuesto éste en el que pudiera ocurrir que el testigo optara por faltar a la verdad o, incluso, por no contestar, lo que, dada la finalidad tutelar de su conducta, orientada por la defensa sus derechos fundamentales, y el significado de los mismos como reglas básicas a las que deben ajustarse todos los procedimientos de la democracia,<sup>79</sup> lógicamente, no debería asociar ningún efecto negativo para el testigo.<sup>80</sup>

de su debida subsanación. Así se declara expresamente en la STS 716/2007, de 18 de septiembre, cuando señala que “el hecho de que el Presidente del Tribunal no informara expresamente a los acusados de su derecho a no declarar o no formulase el interrogatorio previo a los testigos, respecto de las preguntas denominadas “generales de la Ley”, las formalidades con que se llevaran a cabo las testificales, especialmente la de la testigo protegida, o la lectura expresa de documentos, que no fue solicitada en el acto de la Vista, obviamente no pueden ser elevadas a la categoría de razones que hayan impedido el correcto desarrollo del Juicio ni del derecho de Defensa del recurrente, máxime cuando tampoco se indica en qué concreto aspecto esa limitación del referido derecho se concretó de forma verdaderamente relevante. A ello hay que añadir, además, la circunstancia, extraordinariamente trascendente, de que la Defensa del recurrente no pusiera de relieve las carencias e irregularidades que ahora denuncia, en el momento en que se produjeron y a efectos de su debida subsanación, cuando ello era posible, ni, por lo tanto, formulase protesta alguna al respecto, de modo que hubiera hecho valer, en toda su amplitud, las facultades propias del pleno ejercicio del derecho de defensa que, tras semejante dejación, ahora pretende utilizar en fundamento de su queja” (fundamento jurídico primero).

<sup>75</sup> Vid., *supra*, nota 7.

<sup>76</sup> Sobre dichos derechos fundamentales, cfr. las siguientes sentencias: STC 64/2019, de 9 de mayo; STS 381/2014, de 21 de mayo (fundamento jurídico segundo); 383/2021, de 5 de mayo (fundamento jurídico primero); 467/2022, de 7 de abril (fundamento jurídico tercero); 672/2022, de 1 de julio (fundamento jurídico primero).

<sup>77</sup> De la declaración judicial de impertinencia.

<sup>78</sup> Sobre este particular debemos señalar que la exigencia de proporcionalidad de la injerencia en el derecho fundamental podría enervarse, por ejemplo, por no acordarse en el marco de un procedimiento por delito grave, ya que esta entidad delictiva constituye una regla procesal de común aceptación (vid., *supra*, nota 72) frente a cualquier limitación de derechos fundamentales.

<sup>79</sup> Por todas, STC 81/1998, de 2 de abril (fundamento jurídico segundo).

<sup>80</sup> Vid. *infra*.

### 2.3 Conocimiento de datos íntimos que carezcan de relación con el objeto procesal

En la medida que no podrán contribuir al esclarecimiento de los hechos objeto del proceso deberían permanecer ajenos al interrogatorio del testigo.<sup>81</sup> Ello se conseguirá en la mayoría de ocasiones a través del filtro de impertinencia, con el que el juzgador controlará el debate evitando las *preguntas inútiles*, esto es, las desconectadas del objeto procesal y las irrelevantes, también si determinan intromisiones ilegítimas por vulneración de derechos fundamentales como la intimidad (perjudiciales).

El artículo 709 de la LECrim dispone que el Presidente del Tribunal no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas,<sup>82</sup> sugestivas<sup>83</sup> o impertinentes.<sup>84</sup> Se trata de una norma destinada a evitar abusos en la práctica de la prueba testifical que, es claro, debe orientarse a la búsqueda de la verdad, pero que no admite pretender tergiversar su resultado a través de esa clase de interrogatorio.

“Las preguntas deben indagar sobre hechos y no sobre las razones del comportamiento del testigo. El

<sup>81</sup> Vid., entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 1014/1997 de 9 julio (fundamento jurídico quinto); la 1661/2000, de 27 noviembre (fundamento jurídico segundo); la 626/2019, de 18 diciembre (fundamento jurídico trigésimo segundo); la 671/2021, de 9 de septiembre (fundamento jurídico 1, punto 16); o la Sentencia 672/2022 de 1 julio (fundamento jurídico 1).

<sup>82</sup> “Son capciosas las preguntas que tienden a confundir al testigo, a provocarle una respuesta aparente o falsamente contradictoria; aquellas que se le formulan partiendo de un hecho que según el mismo testigo al que se interroga no había ocurrido, las preguntas engañosas que tienden a confundir al testigo por su formulación artificiosa, para provocar una respuesta que daría en otro sentido si la pregunta hubiese sido formulada sin subterfugios” (vid., entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo 638/2000, de 14 de abril (fundamento jurídico segundo), 44/2005, de 24 de enero (fundamento jurídico segundo), o la 626/2019 de 18 diciembre (fundamento jurídico trigésimo segundo)).

<sup>83</sup> “Son sugestivas las que se formulan de tal manera que inducen a dar una respuesta en determinado sentido, es decir las que sugieren la respuesta” (vid., entre muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo 638/2000, de 14 de abril (fundamento jurídico segundo), la 1010/2009, de 27 de octubre, o la 484/2018 de 18 octubre (fundamento jurídico séptimo), “aquellas en las que no se pregunta sobre determinados hechos, que se presentan como incontestables, sino que el interrogador plantea la pregunta como una consecuencia necesaria de los hechos previamente afirmados sugiriendo el asentimiento, de modo que prácticamente elimina la opción de una contestación diferente a la que se desea obtener” (entre otras, vid. las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 1064/2005 de 20 septiembre, (fundamento jurídico 5), o la 626/2019, de 18 diciembre (fundamento jurídico trigésimo segundo)).

<sup>84</sup> Sobre nuestro entendimiento del significado del filtro de impertinencia en sentido amplio, vid., *supra*, nota 7.

interrogatorio de los testigos se encamina a obtener la verdad, pero dicho camino se debe transitar recatemente. El derecho a la prueba no permite abusos, habiendo declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional como este Tribunal Supremo que la práctica de prueba en el proceso penal no tiene un carácter absoluto e ilimitado, quedando excluido lo que sea impertinente,<sup>85</sup> así como lo que sea inútil o pernicioso. El Juez o el Presidente del Tribunal deben velar por el buen orden del proceso, por el respeto debido a quienes en ellos intervienen, y por evitar el empleo de métodos que tergiversen los resultados de la prueba. La protección de las víctimas y de los testigos es, en consecuencia, una obligación del Juez o Tribunal, como ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala. Por ello es doctrina de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que entre las funciones del Presidente se encuentra la ponderación de los derechos constitucionales de la víctima y en concreto el derecho a la intimidad reconocido en el Art. 18 de la Constitución Española, y a ello ha de añadirse en el momento actual, que no solo el derecho fundamental debe ser tutelado en su interrogatorio, sino también el derecho a la dignidad de la persona, que constituye el fundamento del orden político y de la paz social conforme al Art. 10 de nuestra Constitución”.<sup>86</sup>

El problema principal del filtro de impertinencia, a pesar de su proclama incuestionable, deriva, no obstante, de la excesiva amplitud que suele producirse en la admisión de las pruebas y de las preguntas asociadas al interrogatorio del testigo,<sup>87</sup> porque, con carác-

<sup>85</sup> Son impertinentes las preguntas que no tienen relación con el tema o temas objeto de debate en el proceso (por todas, la STS 638/2000, de 14 de abril, fundamento jurídico segundo), las que no se refieren a la cuestión enjuiciada, sino a un hecho que puede tener plurales lecturas y que por tanto no puede aportar nada para el conocimiento de la cuestión enjuiciada. Es impertinente todo lo que queda extramuros de la teleología del proceso, de lo que en él se persigue, resultando innecesario para la prueba del delito que se juzga (entre otras muchas, Sentencia del Tribunal Supremo 1064/2005, de 20 septiembre, fundamento jurídico 5, o la 626/2019, de 18 diciembre, fundamento jurídico trigésimo segundo).

<sup>86</sup> Vid., la STS 849/2012, de 12 de noviembre, fundamento jurídico vigésimo octavo. En el mismo sentido, vid., entre otras muchas, las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: 12/2008, de 11 de enero, fundamento jurídico segundo; 718/2014, de 30 de octubre, fundamento jurídico tercero; 484/2018, de 13 de octubre, fundamento jurídico séptimo.

<sup>87</sup> Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo 2333/1993, de 22 octubre, que equipara la pertinencia de las pruebas propuestas a la de las preguntas formuladas en los siguientes términos: “la condición de pertinentes que han de tener las pruebas propuestas o el interrogatorio hecho a un testigo, concepto que analiza la S. 25-2-

ter general, deben entenderse como inicialmente pertinentes aquellas preguntas correctamente propuestas que sean congruentes con los puntos debatidos<sup>88</sup> y puedan tener influencia en la causa,<sup>89</sup> lo que en la realidad puede determinar situaciones de general aceptación de las mismas que convertirán en prácticamente inoperante el mecanismo tuitivo de rechazo de las que no lo son.

En este sentido, de manera clara, la STS 638/2000, de 14 de abril, señala que rechazar una pregunta por impertinente “no deja de ser la excepción a la regla general contraria del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en principio faculta para hacer al testigo las preguntas que las partes tengan por convenientes y consideren oportunas”.<sup>90</sup> En definitiva, continúa la citada resolución, “el ejercicio de las facultades del Presidente de un Tribunal impidiendo se conteste una pregunta dirigida a un testigo debe ejercerse con especial medida y cuidado limitándose a los supuestos en que sea verdaderamente necesario, sin mutilar o dificultar con innecesario rigor el desarrollo defensivo libremente elegido por la parte,

sobre todo cuando la contestación a la pregunta que se quiere formular por considerarla básica en su estrategia de defensa *no afecta ningún otro interés en juego que pueda perturbarse o afectarse con la contestación pedida al testigo*.<sup>91</sup> Mejor es en tales casos permitir la pregunta y valorar después la relevancia o irrelevancia jurídica del dato objeto de la pregunta, que impedir su contestación como impertinente cuando ese dato tiene relación directa con un presupuesto fáctico relevante desde la perspectiva jurídica, quizá equivocada, de la parte que legítimamente la sostiene ejerciendo libremente su derecho a la defensa, que no significa obligación de optar por la interpretación mejor dentro de las que son jurídicamente posibles”.<sup>92</sup>

En consecuencia, reconocida la excepcionalidad del filtro de impertinencia —según expresa el Tribunal Supremo—, en caso de que éste no se aplicara correctamente, y, por ello, se dirigiera al testigo una pregunta impertinente, no relacionada con el objeto judicial,<sup>93</sup> que, además, resultara invasiva de su intimidad o dignidad,<sup>94</sup> nos encontraríamos ante una intromisión ilegítima en el derecho fundamental,<sup>95</sup> carente de soporte legal, ya que no se ajustaría a las disposiciones de la LECrim,<sup>96</sup> y desproporcionada,<sup>97</sup>

1993, señalando que ya la STC 11-5-1983 declaró que el art. 24.2 CE permite a un órgano jurisdiccional, en uso de su libertad razonable, negarse a admitir un medio de prueba (y ‘mutatis mutandi’, igualmente una pregunta)” (fundamento jurídico primero). En el mismo sentido, STS 671/2021, de 9 de septiembre, señala que las obligaciones de protección —en concreto se estaba haciendo referencia a los derechos fundamentales de los testigos como límite del desarrollo y actuaciones defensivas procesales— “no cabe duda, se proyectan también tanto para la admisión de medios de prueba como para la práctica de los medios admitidos” (fundamento jurídico 31).

<sup>88</sup> Vid., por todas, la STS 671/2021, de 9 de septiembre (fundamento jurídico 16). En esta resolución de manera muy didáctica se clarifica el significado de la pertinencia, circunscribiéndolo a lo relacionado con el objeto procesal, que, además, resulte relevante para acreditar el hecho, matizando que el juicio de pertinencia debe complementarse para la admisión de un determinado medio de prueba o, en nuestro caso, de las preguntas a formular al testigo, con el juicio global de admisibilidad por adecuación a los dictados de la Constitución, entre los que se encuentran, lógicamente, el necesario respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal (cfr. fundamento jurídico 16). En esta línea, vid., asimismo, la Sentencia de 27 octubre 1989 (fundamento jurídico único), o la STS 429/2017, de 14 junio (fundamento jurídico segundo).

<sup>89</sup> Esto es, relevantes, vid. la Sentencia núm. 1756/2000 de 17 noviembre (fundamento jurídico segundo); la Sentencia núm. 1125/2001 de 12 julio (fundamento jurídico quinto); o las Sentencias del Tribunal Supremo 429/2017 de 14 junio (fundamento jurídico segundo).

<sup>90</sup> STS 638/2000, de 14 de abril, fundamento jurídico 2. En el mismo sentido, vid., entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 octubre 1989, fundamento jurídico único; Sentencia 429/2017 de 14 junio, fundamento jurídico segundo; o la 486/2021, de 3 junio, fundamento jurídico tercero.

<sup>91</sup> La cursiva es nuestra y pretende destacar el significado de las expresiones marcadas en cuanto dan a entender que debe ser impertinente la pregunta que afecte a otros intereses —o derechos— del testigo.

<sup>92</sup> STS 638/2000, de 14 de abril, fundamento jurídico 2; en el mismo sentido, vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 62/2012, de 10 abril, fundamento jurídico segundo, la Sentencia del Tribunal Supremo 486/2021, de 3 junio, fundamento jurídico tercero, o la STS 671/2021, de 9 de septiembre, fundamento jurídico 16.

<sup>93</sup> Por todas, vid. STC 25/2022 de 23 febrero, fundamento jurídico 4.

<sup>94</sup> Esto es, impertinente en sentido amplio, según el significado atribuido a la expresión (vid., *supra*, nota 7).

<sup>95</sup> La impertinencia de una pregunta invasiva, por vulneradora de derechos fundamentales del testigo, al no superar la exigencia de proporcionalidad, se encuentra reconocida *mutatis mutandi*, en la STS 671/2021, de 9 de septiembre, cuando con relación a las pruebas rechazables (y, por ende, de las preguntas que se pueden formular al testigo —vid. *supra* nota 87—) señala que “es cierto, no obstante, que, en ocasiones, la ley subordina la admisión de una prueba a un criterio más restrictivo que el representado por la mera posibilidad de que aquella ofrezca elementos utilizables para la confirmación de la hipótesis sobre el hecho. En particular, cuando se infrinjan o se pongan en riesgo límites de adquisición muy vinculados con la función de los derechos fundamentales como instrumentos que delimitan, a la postre, qué, con qué medios y cómo puede probarse” (fundamento jurídico 29).

<sup>96</sup> No se acomodaría a las disposiciones contenidas en los preceptos de la LECrim reguladores de las pruebas y preguntas pertinentes, o, en su caso, en otros textos legales relacionados con la prueba testifical.

<sup>97</sup> El propio Tribunal Supremo señala que una pregunta

### Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

sin que el resultado de dicho interrogatorio *podiera ni debiera fundamentar ninguna consecuencia negativa para el testigo*.

La exigencia de proporcionalidad de cualquier medida indagatoria, a través de un medio de prueba, testifical, pericial o de otro tipo, goza de amplio reconocimiento judicial,<sup>98</sup> pudiendo llegar a afirmarse con carácter general “el principio de prohibición de prueba/pregunta<sup>99</sup> cuando recaiga sobre datos protegidos

resultará impertinente además de por falta de relación con el *tema decidendi* por afección innecesaria de la intimidad del testigo (cfr., por todas, STS 671/2021, de 9 de septiembre). En este sentido, resulta de gran interés por su significado clarificador alguna de las afirmaciones contenidas en la citada resolución, como cuando resalta “la asunción por parte de todas las autoridades públicas del Estado de obligaciones positivas de protección inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar. De tal modo, los Estados deben organizar sus procesos penales de manera que no se ponga indebidamente en peligro la vida, la libertad, la intimidad o la seguridad de los testigos y, en especial, de las víctimas llamadas a declarar. Muy en particular, en los procesos penales relativos a delitos sexuales, por el nivel de afectación que puede derivarse para quien afirma haber sido víctima del delito” (fundamento jurídico 30), o al señalar que “ni el interés público en la investigación de un delito ni el derecho a la prueba de las partes del proceso penal, incluso de la persona acusada, justifican por sí y sin ninguna otra consideración ponderativa una intervención que recaiga sobre la esfera íntima de un tercero. Ninguna persona puede verse despojada a la ligera de sus derechos por la sola razón de que sea llamada al proceso ya sea como testigo o en cualquier otra condición. En estos casos, en los que se puedan ver afectados datos íntimos de la persona llamada a declarar el tribunal debe evaluar en términos ponderativos el conflicto, identificando si hay razones serias, amparadas en otros derechos también fundamentales, que justifiquen la afectación del derecho a la intimidad y estableciendo, en su caso, las condiciones que puedan minimizar los costes afflictivos” (fundamento jurídico 32). En los mismos términos, vid., asimismo, la STS 1712/2021, de 5 de mayo (fundamento jurídico primero).

<sup>98</sup> No solo por parte del Tribunal Constitucional (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, 206/2007, de 24 de septiembre), sino también por los Tribunales de instancias inferiores, como, entre otras muchas, la STS 671/2021, de 9 de septiembre, o el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 143/2010, de 17 de marzo. En esta última resolución, referida a la determinación de si la testigo sufre algún tipo de toxicofilia que pudiera comprometer la credibilidad o verosimilitud de su testimonio, de manera clara se exige la proporcionalidad de la medida, en los siguientes términos: “la ordenación de dicha diligencia, (...) ha de venir condicionada a la identificación de sólidas razones probatorias que patenten la proporcionalidad y razonabilidad de la medida que se ordene pues puede comprometerse el derecho a la intimidad de la persona examinada (...). La falta de justificación en la ordenación o la descuidada práctica probatoria puede comprometer de forma grave derechos fundamentales de máximo rango y, por tanto, merecedores de la máxima protección. Ello comporta la necesidad de que por parte de los jueces se apliquen estándares efectivos de protección y garantía a la hora de ordenar aquellas diligencias que puedan suponer una intromisión en el espacio constitucionalmente protegido de intimidad (...)” (fundamento jurídico único).

<sup>99</sup> Vid. *supra* nota 87.

por el derecho a la intimidad del testigo y cuya finalidad no sea la de acreditar hechos del proceso, sino simplemente la aportación de máximas de experiencia técnica sobre la credibilidad del testimonio”.<sup>100</sup>

La ausencia de consecuencias negativas para el testigo ante ese tipo de preguntas invasivas debe postularse con independencia de cuál sea su opción personal en el caso concreto. Esto es, tanto si el testigo optara por no contestar, protestando personalmente por la invasión desproporcionada de sus derechos fundamentales, si es que no hubiera protesta de parte —o incluso habiéndola, para refuerzo de su postura—, como si optara por contestar sin decir verdad para la salvaguarda de tales derechos, pues en ninguno de los supuestos señalados consideramos que resulte admisible pretender una eventual imputación delictiva, ni por desobediencia ni por falso testimonio.

En efecto, en el caso de que ante la pregunta ajena al objeto procesal e invasiva de su intimidad el testigo eligiera salvaguardar su derecho fundamental faltándole a la verdad debemos rechazar la pretensión de una eventual condena por falso testimonio, ya que tal declaración no constituiría *el testimonio típico sobre hechos relevantes relacionados con la causa*<sup>101</sup> objeto de la prueba testifical, ni, por tanto, el soporte mendaz del delito de falso testimonio, teniendo en cuenta, además, que también podría pretenderse que entrara en juego, en su caso, una posible causa de justificación, o de inexigibilidad, lo que podría alegarse igualmente ante una eventual imputación por delito de desobediencia si el testigo optase por omitir la respuesta.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> Por todas, vid., Sentencia del Tribunal Supremo 381/2014, de 21 de mayo, fundamento jurídico segundo. En el mismo sentido, vid., entre otras, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 143/2010, de 17 de marzo; el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 367/2007, de 25 de octubre (fundamento jurídico único), y el 571/2016, de 17 de octubre, fundamento jurídico único.

<sup>101</sup> Entre otros, vid., Carrasco Andriano, M.M., “Falso testimonio...”, cit. pág. 1006; Domínguez Izquierdo, E. M., *El falso testimonio...*, cit., pág. 232; Conde Pumpido Ferreiro, C., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Trivium, Madrid, 1997.

<sup>102</sup> Estos últimos supuestos de negativa a contestar la pregunta invasiva de la intimidad del testigo, impertinente por falta de relación con el objeto procesal, o aún pertinente, en cuanto relacionada con el mismo, pero desproporcionada en sentido estricto, por derivarse de ella más perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto que beneficios o ventajas para el interés general (STC 66/1995, de 8, fundamento jurídico 5), que pudieran valorarse de cara a una posible imputación por delito de desobediencia solo van a ser objeto de señalamiento tangencial, tal y como hemos señalado (vid., *supra*, nota 3).

### 3. La intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

#### 3.1 El concepto de testimonio

El testimonio típico del delito del artículo 458 del Código penal se refiere a *hechos, circunstancias o datos convenientes para la comprobación del delito y del delincuente*,<sup>103</sup> esto es, aquél que se relaciona con aspectos esenciales del proceso, ya que solo éstos pueden ofrecer datos *convenientes*, en el sentido de útiles, oportunos y provechosos para el fallo.<sup>104</sup>

Dicho concepto proyecta su significado, asimismo, sobre la modalidad atenuada de falso testimonio del art. 460 C.P., referido a la conducta del testigo<sup>105</sup> que, *sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterar con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos*. Alteración de la verdad que también deberá recaer sobre circunstancias *útiles, oportunas y convenientes* para la comprobación de alguno de los elementos del delito y del delincuente, pues únicamente estas circunstancias integrarán el concepto de testimonio sobre el que se construye la tipicidad del delito descrito en ambos preceptos, el 458 y el 460 C.P.

En este punto conviene tener claro que una cosa es la verdad y otra el objeto sobre el que se proyecta. Dicho objeto incide sobre *aspectos esenciales para la resolución del proceso*, en la medida que la falsedad sobre cuestiones irrelevantes carece de ofensividad significativa sobre el bien jurídico protegido, sin que, en consecuencia, sea susceptible de integrar el testimonio típico del art. 458 ni tampoco la conducta descrita en el artículo 460 C.P.<sup>106</sup>

Frente a este entendimiento de la tipicidad, siempre relacionada con hechos o datos trascendentes del proceso,<sup>107</sup> algunos autores consideran típica la men-

tira no esencial o, incluso, aquella que recae sobre extremos ajenos al proceso, siempre que puedan incidir en la valoración de la prueba, como las relaciones de parentesco o de amistad con las partes.<sup>108</sup>

A mi juicio, el entendimiento de los términos legales<sup>109</sup> según el uso común del lenguaje y el sentido común<sup>110</sup> limita el concepto de testimonio típico por el significado del mismo en la Ley procesal, ya que nos encontramos ante un concepto normativo valorado por la LECrim.<sup>111</sup>

El significado gramatical del término *testimonio*,<sup>112</sup> sobre el que se construye la tipicidad de las diversas modalidades delictivas de los artículos 458 y 460 C.P., es demasiado amplio, determinando desde dicha amplitud la criminalización de cualquier declaración no veraz del llamado a declarar como testigo, lo que vulneraría las exigencias de seguridad implicadas en el principio de legalidad. En consecuencia, dicho concepto debe limitarse por el significado del *testimonio pertinente procesal*, que es aquél que circunscribe la tipicidad del *falso testimonio penal* a la falsedad o alteración de la verdad sobre hechos relacionados con la causa, que resulten relevantes a efectos del enjuiciamiento —incluyendo los recayentes sobre elementos accidentales del delito, como las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que evidentemente forman parte del objeto procesal—, en los términos establecidos por el juego combinado de los preceptos reguladores de la prueba testifical y de su aplicación jurisprudencial.<sup>113</sup>

Domínguez Izquierdo, E. M., *El falso testimonio...*, cit., pág. 232; Palomo Del Arco, A., “Artículo 458”, en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 517.

<sup>108</sup> Carrasco Andriño, M.M., “Falso testimonio...”, cit., pág. 985.

<sup>109</sup> De la LECrim y del Código penal.

<sup>110</sup> Cfr., Vives Antón, Tomás S., “Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal”, en *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Editores M. Díaz y García Conlledo y García Amado, Columbia, 2006, pág. 334 y sigs.

<sup>111</sup> DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., *El falso...*, cit. pág. 230.

<sup>112</sup> El Diccionario de la Lengua Española (vigésimotercera edición) da una primera acepción de testimonio como *atestación o aseveración de algo*.

<sup>113</sup> Ya que no existe concepto legal en la LECrim. Aunque los límites constitucionales derivados del papel de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico son inmanentes a cualquier tipología delictiva, sin que quepa interpretar o aplicar ninguna figura penal al margen de los principios y valores constitucionales, cuando analizamos en este trabajo el significado del testimonio típico circunscribimos el examen a la declaración ajena al objeto procesal, bien por faltar de relación con el mismo, bien porque teniéndolo

<sup>103</sup> Artículo 421 LECrim (vid., *supra*, nota 26).

<sup>104</sup> Siempre que no sean impertinentes, por ejemplo, por vulnerar derechos fundamentales del testigo, ya que, como hemos matizado (vid., *supra*, nota 7), la pertinencia de la pregunta en sentido amplio depende de su relación con el objeto procesal y de su relevancia (pertinencia en sentido estricto), así como del hecho de que, además, se ajuste al mandato constitucional que excluye toda actuación invasiva de derechos fundamentales.

<sup>105</sup> Dado el carácter limitado de nuestro estudio, omitimos el análisis del delito de falso testimonio de peritos o intérpretes.

<sup>106</sup> Entre otras resoluciones, vid. las recientes Sentencias del Tribunal Supremo 121/2019, de 4 de noviembre (fundamento jurídico 6) o la 107/2021, de 10 de febrero (fundamento jurídico 2).

<sup>107</sup> Vid. Carrasco Andriño, M.M., “Falso testimonio...”, cit., págs. 985 y 986; Faraldo Cabana, P., *Falso testimonio...*, cit., págs. 149 y 150; Bernal Valls, J., *El falso testimonio...*, cit., pág. 108;

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

También debemos precisar que el testimonio —típico— debe proyectarse sobre *hechos*, sin reflejar opiniones o simples juicios de valor,<sup>114</sup> pues la declaración prestada por los testigos, *objeto del posible delito de falso testimonio*, tiene por objeto acreditar o desacreditar las diversas tesis mantenidas en un proceso por las partes litigantes,<sup>115</sup> *sin que pueda referirse a cuestiones desvinculadas del objeto de debate*.<sup>116</sup>

la resulte irrelevante, dejando otros aspectos de dicho testimonio, extraños a la tipicidad, como por ejemplo la posible configuración de la mentira como causa de justificación, o de inexigibilidad, en su caso, a su mero enunciado en distintos momentos del presente trabajo, por exceder de los límites de este estudio (vid., *supra*, nota 20).

<sup>114</sup> Por todos, Faraldo Cabana, P., *Falso testimonio...*, cit., pág. 149; Palomo Del Arco, A., “Artículo 458...”, cit., pág. 517; Bernal Valls, J., *El falso testimonio...*, cit., pág. 83 (en contra, vid. Domínguez Izquierdo, E. M., *El falso testimonio...*, cit., pág. 232). En la jurisprudencia, rechazando la posibilidad de que el delito se proyecte sobre juicios de valor, vid., entre otros, la STS 2333/1993 de 22 octubre (fundamento jurídico primero) o la 318/2006, de 6 de marzo, fundamento jurídico 4.

<sup>115</sup> STS 318/2006, de 6 de marzo, fundamento jurídico 4, la curia es nuestra.

<sup>116</sup> Por todas, vid., la STS 541/2009, de 25 de abril, cuyos considerandos reproducimos por su claridad expositiva. Así, en el fundamento jurídico segundo, señala que “la conducta de un testigo, cuyas declaraciones mendaces sólo recaen sobre circunstancias irrelevantes para la prueba de los hechos que son objeto del proceso, no pueden ser subsumidas bajo el tipo del art. 458.1º. CP”. Frente a tal tesis del TS, el recurso que dio lugar a dicha sentencia pretendía que el criterio mencionado no fuera aplicable al “delito de falso testimonio, en el que la trascendencia probatoria de la mendacidad debe ser irrelevante. Este punto de vista (...), se apoya en la concepción del delito de falso testimonio como un delito de pura actividad, que no requiere ni resultado ni peligro de que el mismo se produzca. Sin embargo, desde el punto de vista del merecimiento de pena de conductas de pura desobediencia, la mencionada concepción del delito resulta difícil de armonizar con la teoría de las falsedades inocuas. Sería contradictorio que la misma mentira, irrelevante en todo caso para la resolución del proceso, no fuera punible cuando se trata de la prueba documental, pero lo fuera cuando se trate de otro medio de prueba, es decir, cuando el autor declara como testigo. Es necesario considerar, en primer lugar, que la jurisprudencia y el tenor del texto del art. 458 C.P. no impiden excluir del tipo penal los casos en los que la mendacidad recaiga sobre circunstancias ajenas al objeto del proceso. Esta sería una consecuencia de la interpretación teleológica del mencionado artículo, que tenga en cuenta que el delito del art. 458.1º CP no está configurado como un delito de perjurio, sino como un delito que afecta a la administración de justicia. En efecto, la protección de la administración de justicia mediante las normas que prohíben el falso testimonio sólo tienen la finalidad de garantizar, como las que sancionan las falsedades documentales, la fiabilidad de la prueba en la que se apoyará la decisión contenida en la sentencia. La mentira sobre circunstancias ajenas al objeto del proceso, por lo tanto, no revelan una energía criminal del autor dirigida a perjudicar la función de la administración de justicia y, por consiguiente, no alcanzan el grado de reproche que requiere el derecho penal”. En el mismo sentido, entre otras muchas, vid., la STS 318/2006, de 6 de marzo, cuando señala que para la existencia del delito de falso

### 3.2 La mentira en las generales de la Ley

La posibilidad de cometer falso testimonio cuando la mentira se produzca con relación a las preguntas que se formulan al testigo con carácter previo a su declaración, esto es, en las denominadas “generales de la Ley”, contenidas en el art. 436 LECrim,<sup>117</sup> resulta muy controvertida. A nuestro juicio, y con carácter general, esa falta de verdad no formará parte del testimonio típico por sustraerse de su significado en los términos señalados con anterioridad. La mentira en alguna de estas preguntas tendrá la consecuencia procesal que determine la LECrim si produce error en la apreciación de la prueba, por ejemplo, por atribuir mayor credibilidad a la declaración del testigo que haya faltado a la verdad, pero, por sí misma e individualmente considerada, no creemos que pueda determinar la comisión del delito de falso testimonio.<sup>118</sup>

testimonio “la falsedad de las declaraciones, ha de recaer sobre aspectos esenciales a efectos del enjuiciamiento, y no sobre cuestiones intrascendentes, debiendo referirse a hechos y no a opiniones o simples juicios de valor. No se trata de la credibilidad mayor o menor del testigo, sino de que falte sustancialmente a la verdad” (fundamento jurídico 4); la STS 507/2003, de 3 de noviembre (fundamento jurídico 1); o en instancias inferiores, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 61/2011, de 21 de febrero.

<sup>117</sup> Art. 436 de la LECrim: *El testigo manifestará primeramente su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, si conoce o no al procesado y a las demás partes, y si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier otra clase, si ha estado procesado y la pena que se le impuso. Si el testigo fuera miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, será suficiente para su identificación el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito.*

*El Juez dejará al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos.*

<sup>118</sup> Sobre este particular, un sector de opinión rechaza tal posibilidad, entendiendo que la contestación a tales preguntas constituye presupuesto de la testifical, pero no su testimonio propiamente dicho. En este sentido, cfr. Magaldi Paternostro, M.J., *El falso testimonio en el sistema penal español*, PPU, Barcelona, 1987, pág. 64. Por su parte, Domínguez Izquierdo considera con relación a los contenidos de las generales de la Ley que “el que sean considerados datos integrantes de la declaración testifical no prejuzga aún su relevancia penal, puesto que para ser mercedora de sanción deberán, tales falsedades, cumplir con el requisito de la esencialidad” (*El falso...*, cit. pág. 378). En la misma línea parece manifestarse Bernal Valls, J., *El falso testimonio...*, cit. pág. 184. En sentido contrario, vid., entre otros, Faraldo Cabana, P., *Falso testimonio...*, cit., págs. 150 y sigs.; Del Moral García, A.: “Consecuencias penales de las declaraciones inveraces en el proceso penal: el delito de falso testimonio, otros tipos penales”, *Estudios jurídicos*, N° 2012; Muñoz Cuesta, J., “Una concepción amplia del falso testimonio de

A mi juicio, la credibilidad/fiabilidad del testigo es una cosa, concretamente un juicio de inferencia que provoca la convicción del juez sobre la valoración de la prueba,<sup>119</sup> y el elemento testimonial de los delitos tipificados en los arts. 458 y 460 C.P. otra distinta, sin que podamos realizar una interpretación extensiva del concepto de testimonio típico en perjuicio del reo para criminalizar la mentira en las generales de la Ley.<sup>120</sup>

Lo cierto es que consideramos que la afirmación genérica de que puede realizarse el delito de falso testimonio por deslealtad en las generales de la Ley es admisible como *posibilidad*, pero debe matizarse, ya que la misma dependerá de que la falsedad sobre las mismas se acompañe de otra falsedad de carácter esencial para la averiguación de la verdad procesal, esto es, de la circunstancia de que se acompañe de otra mentira vertida en el momento y con el contenido adecuado para ofender el bien jurídico protegido en el delito de falso testimonio. En este sentido, podemos citar, por ejemplo, la STS 602/2006, de 25 de mayo, que reconoce la existencia de falso testimonio, pero no por faltar exclusivamente a la verdad en las generales de la Ley, sino por faltar a la verdad en ellas y también en la/s correspondiente/s pregunta/s del abogado defensor, afirmando que desconocía al de-

---

testigo en causa judicial: comentario a la STS, Sala 2ª, de 6 de marzo de 2006)”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, Nº 7, 2006; Jiménez Asenjo, E., “Falso testimonio”, NEJ, Tomo IX, Barcelona, 1982; Millán Garrido, A., “El delito de falso testimonio”, *Documentación jurídica*, núm. 21, enero-marzo, 1979, pág. 136.

<sup>119</sup> Por todas, vid., la STS 611/2022, de 17 de junio, fundamento jurídico quinto.

<sup>120</sup> Por lo que se refiere a la posición jurisprudencial, algunas resoluciones exigen que la mentira en las generales se acompañe de otra mentira esencial en el juicio oral sobre los hechos objetos de enjuiciamiento para realizar el delito de falso testimonio (Sentencia núm. 507/2003 de 3 noviembre, fundamento jurídico primero; Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña 134/2003, de 5 de noviembre, fundamento jurídico 4). Ello es así aunque en alguna resolución se afirme sin más matización la posibilidad de cometer el delito por faltar a la verdad en las generales de la Ley (vid., por todas, la STS 318/2006, de 3 de marzo, cuando señala que “el delito de falso testimonio se comete al faltar a sabiendas a la verdad, bien por no haber sido leal en las generales de la Ley, bien mintiendo en las respuestas a las preguntas y repreguntas formuladas; ya que si no se falta a la verdad, no se comete el ilícito penal. Y ello con independencia de si el testigo es hábil o inhábil”, fundamento jurídico 5)”, porque dicha afirmación no constituye doctrina, sino tan solo resoluciones particulares con genéricas afirmaciones, que no impiden, como de hecho así se realiza en otras resoluciones, que dicha cuestión se resuelva particularmente en sentido diverso, en función del caso concreto, esto es, atendiendo al significado específico de la pregunta general formulada y a su trascendencia y relevancia en el objeto de enjuiciamiento

nunciante, presentándose como testigo absolutamente imparcial cuando no lo era. Por ello, no creemos que pueda afirmarse sin más y con carácter general que la mentira en las generales de la Ley, por sí sola y en todo caso, permite la condena por falso testimonio. Por el contrario, habrá que estar al caso concreto para en función del contenido de la mentira, de su reiteración en el interrogatorio formulado al testigo en el juicio oral, así como de su relevancia en el enjuiciamiento y de su trascendencia en la ofensa del bien jurídico protegido, decidir concretamente si ostenta la entidad suficiente para condenar por falso testimonio.

En tales supuestos, esto es, de condenarse por mentir en las generales de la Ley y en el interrogatorio, con relación a una pregunta relevante y esencial para el enjuiciamiento del delito, dicha condena derivará no de la mentira en las generales de la Ley,<sup>121</sup> sino de la mentira esencial en el testimonio sobre hechos relacionados con la causa objeto de enjuiciamiento.

A mi juicio ésta es la postura correcta, rechazar en principio la posibilidad de considerar falso testimonio la mentira vertida por el testigo en las generales de la Ley, ya que al versar sobre las circunstancias personales del testigo no recaerá por lo general sobre aspectos esenciales a efectos del enjuiciamiento<sup>122</sup> (ej. mente sobre su edad, su profesión...), ni tampoco integrará el concepto de testimonio típico en los términos que venimos señalando.<sup>123</sup> Dichas preguntas, que se formulan para determinar la vinculación del testigo con las partes y otros datos personales resultan trascendente a efectos de fijar su credibilidad,<sup>124</sup> por lo que afectarán a ésta, determinando la mayor o menor fiabilidad del testigo,<sup>125</sup> pero con carácter general no

---

<sup>121</sup> Entre otras, vid., la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, núm. 134/2003, de 5 de noviembre, que declara expresamente la inexistencia de falso testimonio por faltar a la verdad en las generales de la Ley en una pregunta intrascendente para la resolución del caso; y en el mismo sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, núm. 135/2000, de 20 de noviembre, donde se vuelve a insistir en que la mentira a las generales de la Ley no esencial no permite la condena por falso testimonio, si las declaraciones vertidas posteriormente sobre los hechos esenciales son veraces.

<sup>122</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1728/1993, de 5 julio, habla de circunstancias accidentales para referirse a las generales de la Ley.

<sup>123</sup> Vid., *supra*.

<sup>124</sup> Entre otras, vid., STS de 18 de diciembre de 1991.

<sup>125</sup> Vid., la Sentencia núm. 92/2011, de 27 abril, de la Audiencia Provincial de Madrid, cuando señala que “expresamente el artículo 436 de la LECrim recoge el interrogatorio conocido como “las generales de la ley”, a través del que se trata de poner de manifiesto circunstancias del testigos, objetivas o subjetivas, cuyo conocimiento

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

determinarán la posible realización del delito de falso testimonio.<sup>126</sup>

Como excepción, sin embargo, en algunos supuestos, cuando la mentira en las generales de la Ley presenta una imagen por completo distinta de la real, y la misma se conecta con otra mentira que sí afecta a cuestiones esenciales del proceso, por ejemplo, afirmando una absoluta imparcialidad por desconocimiento con las partes, que se complementa con otra mentira sobre el objeto del proceso, entonces sí habrá delito de falso testimonio, pero no por mentir en las generales de la Ley, sino por la mentira esencial en los hechos objeto de su testimonio, es decir, aunque ésta mentira esencial traiga su causa o se encuentre precedida, a efectos de “darle soporte de fiabilidad”, por la mentira previa formulada al amparo del artículo 436 LECrim. Sería una mentira en las generales de la Ley que complementa a otra esencial sobre el objeto del proceso, que es la que constituyendo el testimonio del proceso integra la tipicidad del art. 458<sup>127</sup> o 460 C.P.<sup>128</sup>

En definitiva, a mi juicio, para que la mentira en las generales de la ley integre el delito de falso testimonio deberá complementarse con la mentira típica, esto es, con la mentira sobre hechos esenciales del enjuiciamiento, vertida en el juicio oral (*mentira trascendente*). De otra forma, si la mentira en las generales de la Ley no se asocia con alguna mentira

es interesante para valorar el testimonio que pueda prestar”.

<sup>126</sup> En este sentido, vid., entre otras, la STS 303/1996, de 12 de abril, fundamento jurídico sexto. En la misma dirección, vid., recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo 107/2021, de 10 de febrero, fundamento jurídico 2.

<sup>127</sup> Artículo 458 C.P.: 1. *El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.*

2. *Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.*

3. *Las mismas penas se impondrán si el falso testimonio tuviera lugar ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencias derivadas de ella, o se realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero.*

<sup>128</sup> Artículo 460 C.P.: *Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevante que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años.*

relevante sobre el objeto del proceso, no habrá falso testimonio.<sup>129</sup>

Esta postura es conforme con el principio de ofensividad y con el tenor literal de los preceptos reguladores del falso testimonio, tanto del tipo básico del art. 458 como del atenuado del 460 C.P., pues solo a la mentira o la alteración de la verdad esencial para el enjuiciamiento se refieren las distintas modalidades del delito.

Y ello con independencia de que a consecuencia de la mentira en las generales de la Ley se ofrezca una imagen falsa de la fiabilidad del testigo. En tal caso, si atribuyendo credibilidad a esa persona se falla sobre la base de su testimonio habrá que estar al contenido del mismo: si mintió en él habrá falso testimonio,<sup>130</sup> pero si pese a aparentar fiabilidad, por ejemplo, presentándose como un desconocido de las partes, dice la verdad en los hechos objeto de enjuiciamiento<sup>131</sup> no podremos afirmar que haya falso testimonio.

El delito de falso testimonio no es un delito de perjurio, sino un delito contra la Administración de justicia,<sup>132</sup> solo necesitado de pena cuando exista ofensa relevante del bien jurídico protegido.<sup>133</sup>

<sup>129</sup> En este sentido se manifiesta expresamente la Sentencia de Audiencia Provincial de Valladolid, núm. 507/2003, de 3 de noviembre, que condena por falso testimonio al testigo que niega en las generales de la Ley y en el juicio conocer a los implicados en el mismo, señalando que la mentira exclusiva en las generales de la Ley “no hubiera constituido delito alguno, pues no se hubiera modificado ni alterado sustancialmente la verdad”, sino que “lo que configura tal infracción penal es que al momento de ser interrogados en aquella vista oral, manifestaron (...) que no se conocían” (fundamento jurídico 1)

<sup>130</sup> Lo que exigirá, como hemos dicho, que la falsedad de las generales se complemente con otra esencial en el momento procesal oportuno.

<sup>131</sup> Es decir, no miente en su testimonio.

<sup>132</sup> Por todos, Carrasco Andriño, M.M., *Tratado...*, cit.; Vives Antón/Orts Berenguer/Carbonell Mateu/González Cussac/Martínez-Buján Pérez: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, señalando con relación al supuesto concreto de falso testimonio impropio del art. 460 C.P., que las alteraciones de la verdad que no afecten al correcto desenvolvimiento del proceso habrán de quedar en la impunidad. En el mismo sentido, por todas, STS 541/2009, de 25 de abril.

<sup>133</sup> Como señala Vives Antón “el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o de ofensividad, es el primer momento lógico del principio constitucional de proporcionalidad se puede o no estar de acuerdo, pero, en cualquier caso, el desacuerdo no puede entenderse como un problema de interpretación del ordenamiento constitucional; sino que es otro, muy distinto, de falta de aceptación del mismo (“Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico protegido”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: Jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº 16, 2005, pp. 21 y 22). Exigencia de ofensividad, que, pese a no encontrarse expresamente tipificada,

### 3.3 La pregunta vulneradora de la intimidad del testigo: un problema de límites

La reacción penal frente a la mentira —o frente a reticencias, inexactitudes o silencio de ciertos hechos o datos— sólo será admisible cuando lesione concretos bienes jurídicos, individuales o colectivos, cuya salvaguarda es indispensable para una sana y pacífica convivencia, lo que ocurrirá cuando tales conductas se producen en sede judicial,<sup>134</sup> y cuando las mismas se refieran a aspectos necesarios para el enjuiciamiento y no a cuestiones intrascendentes,<sup>135</sup> pues de otra forma no existirá testimonio típico, en el sentido de ofensa relevante en los términos exigidos por el principio de intervención mínima. Tampoco resultará admisible sancionar la falta de veracidad cuando existiendo ofensividad mínima, por recaer la testifical sobre cuestiones relevantes para el objeto del proceso, la misma responda a una conducta del testigo orientada a la salvaguarda de su derecho fundamental a la intimidad frente a la pregunta invasiva ilegítima por desproporcionada, ya que en ningún caso, lógicamente, resulta admisible la punición —en ésta ni en ninguna otra figura delictiva— de conductas que supongan el ejercicio de acciones tuitivas de derechos fundamentales.

Esta realidad<sup>136</sup> aparece claramente reflejada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2006, de 3 de julio,<sup>137</sup> cuando señala que “la dimensión objetiva

debe acompañar necesariamente a todas y cada una de las figuras delictivas del Código Penal, y que debe llevar a los Tribunales a dejar de aplicar la norma en ausencia de la misma.

<sup>134</sup> La exigencia de que la conducta típica se construya sobre la declaración del testigo en un juicio resulta indiscutida desde antiguo y en la actualidad. En este sentido, vid., entre otros, Ferrer Sama, A., *Comentarios...*, cit., pág. 408, Bernal Valls, J., *El falso testimonio...*, cit., pág. 80, o Faraldo Cabana, P., *Falso testimonio...*, cit., pág. 143. Y en la jurisprudencia, entre otras muchas, vid., la STS núm. 1624/2002, de 21 de octubre, fundamento jurídico undécimo; la 107/2021 de 10 febrero, fundamento jurídico segundo; o la 327/2014 de 24 abril, fundamento jurídico séptimo.

<sup>135</sup> Por todas, vid., la STS 318/2006, de 3 de marzo.

<sup>136</sup> Dual, de exclusión de la tipicidad de la falsa declaración del testigo frente a una pregunta íntima desconectada del objeto procesal e irrelevante, o relacionada pero desproporcionada por vulneración del derecho fundamental.

<sup>137</sup> En esta resolución se cuestiona la legitimidad de la orden dirigida a un interno de suministrar una muestra de orina para comprobar la superación de su toxicomanía. Esa prueba contaba inicialmente con el consentimiento del afectado, pero posteriormente se revocó por el mismo, negándose a la entrega de la muestra de orina requerida por razón de las circunstancias dispuestas por la Administración penitenciaria para su práctica. En la demanda de amparo se sostiene que el recurrente no se negó a la realización

de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio. Por ello, si la Administración o el órgano judicial prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental *y se incluyen entre los supuestos sancionables conductas que inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo*,<sup>138</sup> se vulnera

del análisis de orina, sino que comunicó al funcionario que no la llevaría a cabo bajo las circunstancias en que se pretendía, a saber: de madrugada, sin previo aviso ni exhibición de la resolución judicial que lo ordenaba, coaccionado por el funcionario con que daría parte en caso de negarse a realizar la toma de muestras, denunciándose íntegramente en presencia del funcionario, debiendo efectuar cuatro flexiones y realizar la toma de muestras en una habitación con paredes de cristal, dándose la circunstancia de que pasaron por allí otros internos y una funcionaria. También señala el interno que el resto de los cacheos y analíticas se llevan siempre a efecto en la enfermería, bajo el control de un enfermero (vid., los antecedentes de la Sentencia). Dicha negativa acarrió una sanción, que tras los pertinentes recursos por parte del interesado llegó ante el TC para su recurso en amparo por posible vulneración del art. 25.1 CE, desde la perspectiva de que es precisamente el ejercicio del derecho a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) la premisa en la que se asienta la incompatibilidad de la sanción impuesta con el derecho a la legalidad sancionadora —art. 25.1 CE— (también se pretendió esa misma vulneración de la legalidad desde la perspectiva del derecho del recurrente a no sufrir tratos inhumanos o degradantes —art. 15 CE—, pero este análisis y la respuesta del Tribunal en ese punto concreto no será objeto de examen en este trabajo)

La orden del Director del centro penitenciario traía causa directa de la providencia de 22 de mayo de 2000, mediante la que el Juez de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León accedía a una petición del demandante de amparo de que se le hiciera una analítica a fin de acreditar que había superado el consumo de sustancias tóxicas. “Tratándose de una diligencia probatoria de parte, es claro que podía el peticionario desistir de su práctica, lo cual pudiera surtir el efecto procesal de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria no tuviese por probada la alegación relativa a haber superado el consumo de sustancias tóxicas, pero sin que de ello pueda derivarse la consecuencia añadida de la imposición de una sanción” (fundamento jurídico 6). Tras el análisis de las pretensiones del recurrente el Tribunal Constitucional concedió el amparo requerido, desde la óptica del derecho fundamental a la intimidad, señalando que “se ha de concluir que los derechos del demandante a su intimidad personal (art. 18.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) se han visto conculcados en este supuesto, lo que ha de conducir al otorgamiento del amparo solicitado, sin que, por lo demás, sea ya necesario examinar las vulneraciones constitucionales que se reprochan a las resoluciones judiciales impugnadas” (fundamento jurídico 6).

<sup>138</sup> Entendemos que esta expresión (que hemos puesto en cursiva) en el caso objeto de nuestro estudio, se referiría a la inclusión y pretendida sanción por delito de falso testimonio o de desobediencia frente a la conducta del testigo que ante una pregunta que suponga una intromisión impertinente en sentido amplio en

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

este derecho, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de una infracción (desde la temprana STC 11/1981, de 8 de abril, F. 22, hasta las más recientes SSTC 2/2001, de 15 de enero, F. 2; 185/2003, de 27 de octubre, F. 5; y 110/2006, de 3 de abril, F. 4)<sup>139</sup>.

En consecuencia, de conformidad con el significado de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, y en la línea marcada por la doctrina del Tribunal Constitucional, consideramos que la pretensión punitiva por delito de falso testimonio quedaría excluida en todo caso cuando el testigo faltara a la verdad sobre preguntas no relacionadas con aspectos fundamentales del proceso o cuando estando relacionada, y siendo necesaria para el enjuiciamiento, la pregunta asocie una injerencia ilegítima en alguno de sus derechos fundamentales —como la intimidad— por no superar el juicio de proporcionalidad que legitima su posible limitación (filtro de impertinencia en sentido amplio).<sup>140</sup>

En estos supuestos, afirmada la impertinencia en sentido amplio de la pregunta formulada al testigo, por falta de relación relevante con el objeto procesal (atipicidad), o porque habiéndola suponga una pregunta invasiva en los derechos fundamentales del testigo (desproporción), las consecuencias para el sujeto serán distintas. En el primer caso, consideramos que no podremos afirmar la existencia de testimonio típico de los arts. 458 y 460 C.P., mientras que en el segundo la conducta podría resultar justificada, o ser inexigible, en su caso.

El ejercicio legítimo de un derecho fundamental o la conducta orientada a su legítima protección no debería asociar ninguna sanción penal ni de ningún otro tipo para el sujeto.<sup>141</sup> Por el contrario, si el testigo

su intimidad (impertinente en sentido estricto —por desconectada del objeto procesal e irrelevante— o desproporcionada), y como acción tutelar de su derecho fundamental, optara por mentir o por no contestar.

<sup>139</sup> En parecidos términos parecen manifestarse las Sentencias del Tribunal Constitucional 127/2004, de 19 de julio, fundamento jurídico segundo, o la 47/2022, de 24 de marzo, fundamento jurídico 8.2.1.1.

<sup>140</sup> Vid., *supra*, nota 7, sobre el significado del juicio de impertinencia en sentido amplio.

<sup>141</sup> Por todos, cfr. Cuerda Riezu, A., “Jueces: ¡dejad el principio de intervención mínima para el legislador!, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Universidad Autónoma de

Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2019, pág. 121. En el mismo sentido, vid., muy especialmente la citada Sentencia del tribunal constitucional 196/2006, de 3 de julio, fundamento jurídico 6, o la STC 25/2022, de 23 de febrero, cuando señala que “como este Tribunal ha señalado reiteradamente, los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 111/1993, de 25, de marzo, fundamentos jurídicos 5 y 6; 297/2000, de 11 de diciembre, fundamento jurídico 4; 185/2003, de 27 de octubre, fundamento jurídico 5, y 108/2008, de 22 de septiembre, fundamento jurídico 3)” (fundamento jurídico 7.1.3).

Esta conclusión se deduce de los considerandos de distintas resoluciones del Tribunal Constitucional —y de otros Tribunales— cuando señalan que el sometimiento del testigo “a pruebas que indaguen sobre sus condiciones socio-personales en las que se desenvuelve su vida —o pruebas psicológicas o de valoración de su capacidad mental— plantea problemas de límites a la actividad indagatoria y, por tanto, de admisibilidad del medio de prueba muy vinculados al derecho a su intimidad”.<sup>147</sup> De tal forma que “la

Madrid. Servicio de Publicaciones, Madrid, 2019, pág. 121. En el mismo sentido, vid., muy especialmente la citada Sentencia del tribunal constitucional 196/2006, de 3 de julio, fundamento jurídico 6, o la STC 25/2022, de 23 de febrero, cuando señala que “como este Tribunal ha señalado reiteradamente, los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 111/1993, de 25, de marzo, fundamentos jurídicos 5 y 6; 297/2000, de 11 de diciembre, fundamento jurídico 4; 185/2003, de 27 de octubre, fundamento jurídico 5, y 108/2008, de 22 de septiembre, fundamento jurídico 3)” (fundamento jurídico 7.1.3).

<sup>142</sup> Vid. *supra*, nota 7.

<sup>143</sup> O alteración de la verdad.

<sup>144</sup> Son muchas las resoluciones judiciales que implícita o explícitamente reproducen esta conclusión, insistiendo en la proclama de un principio general de prohibición de prueba cuando recaiga sobre datos protegidos por el derecho a la intimidad del testigo (salvo que superen el juicio de proporcionalidad que legitima la injerencia), así como el de inadmisibilidad de soportar/imputar consecuencias negativas para el sujeto que frente a una injerencia ilegítima en su intimidad reacciona, por ejemplo, tal y como señala la STC 196/2006, rechazando su práctica por tratarse de una diligencia vulneradora de derechos fundamentales (por todas, vid., STC 196/2006, de 3 de julio, fundamento jurídico 6).

<sup>145</sup> Vid., entre otras, las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional: 81/1998, de 2 de abril, fundamento jurídico segundo; 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico quinto; 51/1989, de 22 de febrero; fundamento jurídico segundo; 159/1986, de 12 de diciembre; fundamento jurídico 6. En el mismo sentido, también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vid., por todas, la STS 467/2022, de 7 de abril, fundamento jurídico tercero.

<sup>146</sup> Vid., *supra*, nota 141.

<sup>147</sup> Entre otras, vid. la STS 381/2014, de 21 de mayo, fundamento

ordenación de tal diligencia ha de venir condicionada a la identificación de sólidas razones probatorias que patenten la proporcionalidad y razonabilidad de la medida que se acuerde, pues puede comprometerse el derecho a la intimidad de la persona examinada”.<sup>148</sup>

“Es evidente que toda persona que tenga que declarar ante un órgano judicial como testigo puede verse en la encrucijada de estar obligado a declarar, y de que alguna de las preguntas que se le dirijan pueda afectar a su intimidad. La legislación española contiene cautelas orientadas a conciliar el derecho a preservar la vida íntima con la obligación de declarar”,<sup>149</sup> eliminando aquellos medios de prueba impertinentes por innecesarios o inútiles,<sup>150</sup> de forma que si la negativa a responder del testigo se basa en que puede verse afectada su intimidad lo que procede es que el órgano judicial haga un juicio de ponderación entre los bienes en conflicto y decida si debe primar la indemnidad de la intimidad del testigo o debe prevalecer la integridad probatoria del proceso.<sup>151</sup>

Por ello, y con carácter general, entendemos que resultaría inadmisibles las pretensiones de que un testigo contestara, por ejemplo, a preguntas sobre sus manifestaciones afectivas con determinada persona (ej. besos al novio, o sobre su consumo de determinadas drogas blandas<sup>152</sup>), por afectar a su intimidad. Tampoco resultaría aceptable en la generalidad de supuestos preguntas pertenecientes a la esfera íntima del testigo referentes al modo, forma o manera de desarrollo de sus relaciones sexuales,<sup>153</sup> o referidas a su estado mental,<sup>154</sup> a su forma de vida o a su

comportamiento,<sup>155</sup> preguntas que precisamente por la afectación que implican en el derecho fundamental a la intimidad solo podrán acordarse judicialmente cuando su ordenación resulte *muy justificada*, superando sin fisuras el necesario juicio de proporcionalidad que legitima la injerencia en el derecho fundamental.<sup>156</sup>

En consecuencia, consideramos que debe reconocerse una zona de impunidad asociada a la tutela de los derechos fundamentales frente a injerencias no legítimas, lo que, a mi juicio, impedirá la posible imputación y el castigo por delito de falso testimonio<sup>157</sup> si el testigo mintiera como mecanismo tutelar de su derecho fundamental a la intimidad frente a una pregunta invasiva ajena al objeto procesal y/o desproporcionada (esto es, que no supere el filtro de impertinencia en sentido amplio, en los términos que venimos defendiendo<sup>158</sup>), pues, como señala VIVES ANTÓN, “no es sólo que esa verdad resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”,<sup>159</sup> afirmación que consideramos justifica la postura que

Provincial de Tarragona 571/2016, de 17 de octubre (fundamento jurídico único) o el de esa misma Audiencia 367/2007, de 25 de octubre, fundamento jurídico único.

<sup>148</sup> Vid., sts 849/2013, de 12 de noviembre, fundamento jurídico vigésimo octavo; sts 381/2014, de 21 de mayo, fundamento jurídico segundo; sts 718/2014, de 30 de octubre, fundamento jurídico tercero.

<sup>149</sup> Entre otras, vid., la sts 383/2021, de 5 mayo, fundamento jurídico primero, la sts 671/2021, de 9 de septiembre, fundamento jurídico 31; la 467/2022, de 7 de abril, fundamento jurídico tercero, la 672/2022, de 1 de julio, fundamento jurídico primero.

<sup>150</sup> O por delito de desobediencia, si el testigo optara por no contestar frente a la pregunta invasiva ilegítima.

<sup>151</sup> Vid., *supra*, nota 7.

<sup>152</sup> Cfr. “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pág. 306. En este sentido garantista señala el autor que “el proceso penal no ha de ser sino uno más de los procedimientos utilizados en la democracia, donde se trata de alcanzar una resolución correcta; teniendo en cuenta que correcta no es solo materialmente verdadera. El problema del proceso penal no es solo el de conocer la verdad material, si es que ésta puede afirmarse alguna vez con certeza, sino también el de que la verdad que se establezca sea el resultado de un procedimiento legítimo, que no se incline a favor de ninguna de las partes, y en el que ninguna de éstas tenga posibilidades exorbitantes, que coloquen a la otra en situación de desventaja. Solo la verdad obtenida con el respeto de esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por lo tanto, lo verdadero solo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así —y así parece ser— los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse”.

jurídico segundo, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja 214/2014, de 22 de diciembre, fundamento jurídico segundo; o el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, de 24 de mayo, fundamento jurídico segundo.

<sup>148</sup> Entre otras, vid. la sts 381/2014, de 21 de mayo, fundamento jurídico segundo

<sup>149</sup> STC 64/2019, de 9 de mayo, antecedente 7.

<sup>150</sup> STC 64/2019, de 9 de mayo, antecedente 7.

<sup>151</sup> STC 64/2019, de 9 de mayo, antecedente 7.

<sup>152</sup> STS 381/2014, de 21 de mayo, fundamento jurídico segundo.

<sup>153</sup> Vid. la sts 672/2022, de 1 de julio, fundamento jurídico I.3; la sts 1333/2000, de 18 de julio, fundamento jurídico primero; la sts de 16 de noviembre de 1987, fundamento jurídico segundo; la 584/1997, de 29 de abril, fundamento jurídico primero; la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas 8/2012, de 14 de febrero, donde la testigo/víctima miente a la pregunta de si había mantenido relaciones sexuales con otro varón (distinto al presuntamente culpable de violación), porque “creyó que el Tribunal podría llevarse una mala imagen de ella si admitía haber tenido relaciones sexuales con otro hombre” (fundamento jurídico primero); o la sts 170/2006, de 20 de enero, fundamento jurídico segundo.

<sup>154</sup> Vid., sts 968/1994, de 14 de junio; el Auto de la Audiencia

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

mantenemos sobre lo inadmisibles que sería en el marco del texto fundamental, y desde el reconocimiento del valor de los derechos fundamentales como reglas básicas de procedimiento, pretender la punición de la conducta del testigo que mintiera ante la pregunta impertinente por vulneración de derechos fundamentales. Esta afirmación es racional y consecuente con el reconocimiento de la fuerza expansiva de tales derechos, y con la paralela proclama del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que la justicia no solo debe serlo sino parecerlo,<sup>160</sup> sin que *parezca justo* en absoluto una pretendida imputación delictiva derivada de la conducta del testigo que represente una reacción tutelar frente a una posible vulneración de derechos fundamentales por parte de los poderes públicos; imputación frente a la que podrá pretenderse la no punición por falta de realización típica,<sup>161</sup> o por entrar

en juego, en su caso, una causa de justificación o de inculpabilidad.<sup>162</sup>

## 4. Conclusiones

“Los derechos fundamentales constituyen reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones” (STC 81/1998, de 2 de abril, fundamento jurídico segundo). Este principio general ha de afirmarse de forma particularmente rotunda en el proceso penal, pues en él se pretende la actuación del poder del Estado en su forma más extrema, lo que determina una

<sup>160</sup> Así se señala expresamente en la Sentencia del Tribunal Europeo de derechos humanos de 17 de enero de 1970 (Caso Delcourt contra Bélgica), &31, cuando refleja el adagio “*justice must not only be done; it must also be seen to be done*”, referido al hecho de que no sólo debe hacerse justicia, sino que también debe parecerlo. En el mismo sentido, vid., entre otras, las SSTEDH de 15 de octubre de 2009, caso Micallef c. Malta; § 98, y de 22 octubre 2019, caso Deli c. Moldavia, § 36. Y en el ámbito nacional, vid., asimismo, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 45/2022, de 23 marzo, fundamento jurídico 9.2.2, o la 184/2021, de 28 octubre, fundamento jurídico 8.3.

<sup>161</sup> En este sentido, vid., entre otras, las siguientes sentencias, que en la medida que consideran desconectadas del objeto procesal y completamente irrelevantes las preguntas que pretendían formularse al testigo, resultarían del todo punto impertinentes en sentido estricto (e invasivas de la intimidad, tal y como también se declara en las mencionadas resoluciones), y, por tanto nunca hubieran realizado la tipicidad delictiva del falso testimonio, por no merecer tal calificativo (de testimonio): STS 1333/2000, de 18 de julio, fundamento jurídico primero; STS de 25 de junio de 1990, fundamento jurídico vigésimo quinto; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 967/2012, de 30 de octubre, fundamento jurídico segundo, que declara intrascendente no haber dicho la verdad sobre el hecho de tener una relación sentimental, sin que en consecuencia pudiera integrar la tipicidad del delito de falso testimonio; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 36/2001, de 20 de diciembre, cuando rechaza la existencia de falso testimonio por mentir sobre la relación con el denunciado, señalando que eran amigos cuando eran pareja, por su carácter no esencial e inocuo para el enjuiciamiento; el Auto del Tribunal Supremo 2139/2007, de 5 de diciembre, fundamento jurídico primero, que considera ajeno al objeto procesal la pregunta referida a la elección de masajista y sobre depilación personal, así como si le gustaban los balnearios; STS de 16 de noviembre de 1987, fundamento jurídico segundo, cuando considera intrascendentes las preguntas a la víctima testigo sobre las relaciones sexuales con determinados hombres, o sobre si había realizado alguna vez el acto sexual antes de la ocasión de autos; STS 957/1996, de 27 de noviembre, fundamento jurídico primero, cuando declara la intrascendencia de la pregunta sobre si mantenía relaciones sentimentales con determinada persona.

<sup>162</sup> El estudio de la problemática que plantea la posible apreciación de una causa de justificación o de inculpabilidad, en su caso, en la respuesta del testigo que miente para salvaguardar su intimidad frente a una pregunta impertinente en sentido amplio no es objeto de tratamiento ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Sin embargo, si hemos encontrado alguna opinión favorable a la general actuación de una causa de inexigibilidad, por concurrencia de un posible estado de necesidad o, incluso, por miedo insuperable, en el delito de falso testimonio. En este sentido, vid., entre otros, Domínguez Izquierdo, que acepta el reconocimiento de situaciones en las que “bien por defensa de intereses propios, bien por estar presente otros intereses comprensiblemente defendibles, el sujeto termine por prestar falso testimonio, pese a lo cual quepa afirmar que no podía serle exigido un comportamiento jurídicamente correcto. De este modo, se excluye la culpabilidad por falta de exigibilidad de una conducta distinta cuando la falsedad tiene lugar por miedo insuperable que, en la práctica, suele provenir de amenazas dirigidas al testigo” (El falso..., cit. págs. 499 y sigs.); en la misma dirección, vid., entre otros, Magaldi Paternostro, M.J., *El falso testimonio...*, cit., págs. 107-108; Córdoba Roda, J., *Comentarios...*, cit., págs. 1122 y sigs.; Bernal Valls, J., *El falso...*, cit., págs. 182-183; Quintero Olivares, G., “Del Falso testimonio”, *Comentarios...*, cit. pág. 1865.

Por su parte en el ámbito jurisprudencial, podemos citar, entre otras, las siguientes resoluciones: la STS 318/2006, de 6 de marzo, fundamento jurídico sexto, cuando señala “que los dos últimos motivos, el tercero y el cuarto, no pueden ser estimados. En efecto, invocar la eximente de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, o bajo un estado de necesidad, para mentir ante la autoridad judicial, está tan fuera de lugar, y no existe ningún dato en el ‘factum’ que pueda avalar esa tesis que ambos motivos deben ser desestimados. Distinto podría ser invocar la eximente de miedo insuperable (completa o incompleta), ante una amenaza de muerte, lo que no es el caso debatido en estos autos”; En relación con el tema de la posible alegación de un estado de necesidad en el delito que analizamos, cfr., entre otros, AP de Tarragona (Sección 4ª) Auto 654/2018 de 7 diciembre, fundamento jurídico segundo, que llegó a aplicar dicho estado de necesidad en la falsa declaración de la testigo; el Auto de la Audiencia Provincial de Granada 97/2010, de 12 de febrero, fundamento jurídico segundo; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 76/2019, de 15 de noviembre, fundamento jurídico cuarto, aunque rechaza su aplicación en el caso concreto, que no venía relacionado con el derecho fundamental a la intimidad.

profunda injerencia en el núcleo duro de los derechos fundamentales del delincuente y también de los terceros intervinientes en el mismo.

Entre tales derechos, la intimidad del testigo, igual que el resto de derechos fundamentales, dado su carácter no absoluto, pueden limitarse legítimamente en el interrogatorio, siempre que la injerencia ostente soporte legal y resulte proporcionada a los fines públicos que la justifican. Si esto es así, la afirmación que se impone a continuación es que, ante una pregunta impertinente en sentido amplio —por desconectada del objeto procesal o por desproporcionada en los términos aquí defendidos—, si el testigo optara por faltar a alterar la verdad en su respuesta con una finalidad de salvaguarda de su intimidad, dicha conducta no debería asociar ninguna consecuencia negativa para el mismo. Por el contrario, consideramos que en tales supuestos, su declaración o bien no merecerá el

calificativo de testimonio, a los efectos de realizar la tipicidad de las figuras descritas en los artículos 458 o 460 C.P., o bien no debería ser punible por concurrencia, en su caso, de una causa de justificación o de inexigibilidad.

Esta conclusión encuentra soporte justificativo, a falta de tratamiento específico, en la doctrina del Tribunal Constitucional y en algunas resoluciones del Tribunal supremo, en una línea defensiva y garantista de los derechos fundamentales del testigo, que destaca y requiere la función tutelar de los Tribunales frente a las preguntas invasivas de tales derechos, como la intimidad, lo que esperamos trascienda en el futuro, llegando a la formación de un cuerpo de doctrina y de jurisprudencia favorable a la tutela material de los derechos fundamentales del testigo y no solo del delincuente o de la víctima.



## ¿Sujetos u objetos del proceso penal? Derechos humanos, toma de muestras y exámenes corporales

**José Luis Eloy Morales Brand**

*Doctor en Derecho, doctor en Ciencias Forenses y doctor honoris causa en Derechos Humanos. Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México. Experto en Sistema Penal Acusatorio y Derechos Humanos. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. jlemb@hotmail.com*

**Antonio Calderón Espinoza**

*Maestro en Derechos Humanos y Democracia. Estudiante del Doctorado Interinstitucional en Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes. palomaresmontero@gmail.com*

**RESUMEN:** El proceso penal acusatorio adversarial en México fue creado para disminuir las violaciones a derechos humanos, pues una de las actividades principales donde esto ocurría en los modelos inquisitivos era en la búsqueda de información y actividades probatorias justificando cualquier medio para ello. A pesar de las modificaciones normativas, en la práctica se sigue repitiendo esa dinámica y se permite que los involucrados se conviertan en objetos probatorios. En razón de que uno de los fines del proceso es garantizar el mayor ejercicio de las libertades frente a su menor afectación, es importante determinar cuáles son los elementos que deben contener las intervenciones corporales, para declararse como afectaciones legítimas de los derechos de los involucrados, y precisar si en México está restringida la intimidad, la privacidad y el libre desarrollo de la personalidad para la realización de actividades de investigación sobre las personas.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos humanos, Evidencia, Debido proceso, Intimidación, Intervenciones corporales.

**ABSTRACT:** The adversarial accusatory criminal process in Mexico was created to reduce human rights violations, since one of the main activities where this occurred in the inquisitive models was the search for information and evidentiary activities justifying any means for it. Despite the regulatory changes, in practice this dynamic continues to be repeated and those involved are allowed to become objects of evidence. Since one of the purposes of the process is to guarantee the greatest exercise of freedoms in the face of their least affectation, it is important to determine which are the elements that bodily interventions must contain, to declare them legitimate affectations of the rights of those involved, and specify if intimacy, privacy and free development of the personality for carrying out research activities on people is restricted in Mexico.

**KEYWORDS:** Human rights, Evidence, Due process, Privacy, Corporal interventions.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Derechos e intervenciones. 3. Evidencia en el proceso penal. 3.1. Evidencia. 3.2. Reglas en materia de prueba. 3.3. Evidencia ilícita. 4. Intervenciones corporales. 4.1. Intimidad, privacidad y libre desarrollo de la personalidad. 4.2. Revisiones corporales y toma de muestras. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

## 1. Introducción

El momento histórico de la disciplina es el momento en que nace un arte del cuerpo humano, que no tiende únicamente al aumento de sus habilidades, ni tampoco a hacer más pesada su sujeción, sino a la formación de un vínculo que, en el mismo mecanismo, lo hace tanto más obediente cuanto más útil, y al revés.

*Vigilar y castigar*

La disciplina centrada en el cuerpo, produce efectos individualizadores, manipula a el cuerpo como foco de fuerzas que hay que hacer útiles y dóciles a la vez.

*Defender la sociedad*

MICHEL FOUCAULT

Este estudio presenta resultados parciales de la investigación que desarrollamos **en la Universidad Autónoma de Aguascalientes**, ya que la implementación de los sistemas de justicia penal acusatorios en Latinoamérica tiene la finalidad de lograr una disminución de las violaciones a derechos humanos en la aplicación de la reacción punitiva, las cuales se dan mayormente en las fases de investigación y ejecución, por parte de autoridades de investigación, acusadores y ejecutores.

En México contamos con un proceso acusatorio adversarial creado para disminuir las violaciones a derechos humanos, pues una de las actividades principales donde esto ocurría en los modelos inquisitivos era la búsqueda de información y las actividades probatorias, ya que el fin de buscar la “verdad histórica” justificaba cualquier medio. La cuestión es que, a pesar de las modificaciones normativas, en la práctica del sector operativo del sistema penal se sigue repitiendo esa dinámica y se permite que los involucrados se conviertan en objetos probatorios. Y en virtud de que uno de los fines del sistema es el de garantizar el mayor ejercicio de las libertades frente a su menor afectación, es importante determinar cuáles son los elementos que debe contener una actividad de inves-

tigación para que tenga una intervención legítima de los derechos, cuando sea necesario para resolver el conflicto penal.

En este contexto, explicaremos los requisitos de intervención de derechos humanos y fundamentales, su relación con las evidencias, y particularmente los elementos de validez de las intervenciones corporales como actividades de investigación, para determinar si es posible que un ser humano pueda convertirse en un instrumento probatorio.

Estos resultados llevarán la posibilidad de que los procedimientos penales trabajen desde la perspectiva de protección de derechos de los sujetos procesales y de la misma sociedad, con la finalidad de resolver el conflicto de intereses de la forma más efectiva y menos lesiva para ellos.

## 2. Derechos e intervenciones

Los modelos acusatorios responden a un sistema de justicia penal garantista, es decir, a un modelo criminológico basado en el respeto a los derechos humanos,<sup>1</sup> que se traduce en la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el sistema de justicia penal.<sup>2</sup>

Ahora bien, en un Estado constitucional de derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la jurisdicción, los tribunales judiciales, ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos

<sup>1</sup> Alesandro Baratta es uno de los principales precursores del derecho penal de garantías. En un artículo publicado en los años ochenta, enumeraba una serie de principios que se refieren a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal actual (Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 452).

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2011, p.336.

potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.<sup>3</sup> Así, el control social de un Estado constitucional de derecho tiene el fin de proteger los derechos humanos y fundamentales de los seres humanos.

Los derechos humanos son un concepto político, pues se trata de criterios de legitimidad política, en la medida en que se protejan, y representan una visión moral particular de una sociedad y su realidad.<sup>4</sup> Son demandas de abstención o actuación derivadas de la dignidad de la persona, reconocidas como legítimas por la comunidad internacional, siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado.<sup>5</sup> En síntesis, son demandas de satisfacción de necesidades humanas legitimadas por la comunidad internacional.

¿Y qué son los derechos fundamentales? La reforma constitucional mexicana de 10 de junio de 2011 pareciera indicar que el concepto de derechos humanos y el de derechos fundamentales son similares, al precisar en su artículo 1º que todas las personas gozarán de los derechos humanos que dicha norma reconozca. Pero el concepto derechos humanos, tal como lo he señalado, es un concepto mayor al de los derechos regulados en la Constitución, pues se trata de demandas derivadas de la dignidad humana que buscan una protección jurídica, por lo que generan criterios de interpretación del derecho positivo.

Así, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos del orden jurídico, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. En consecuencia, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a su efectividad y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.<sup>6</sup>

Los derechos fundamentales son importantes en un Estado constitucional de derecho, y en consecuencia son los pilares básicos del ejercicio adecuado de la política criminal, en virtud de que su mera incorporación a una Constitución implica que gozan del mayor nivel de garantía o protección<sup>7</sup> pues vinculan directamente al legislador ordinario al momento de realizar las leyes y al ejecutivo al aplicarlas o tomar decisiones (control de constitucionalidad y no de simple legalidad). Su limitación solo puede darse por motivos realmente serios y racionales expresamente establecidos en la Constitución; y son aplicables por cualquier tribunal, por lo que cuentan con una genérica garantía judicial directa, que no requiere la intermediación del legislador ordinario (control de constitucionalidad y convencionalidad).

Lo anterior se encuentra claramente establecido en el artículo 1º constitucional de México, al ordenar a todas las autoridades la protección y garantía de estos derechos. Es decir, no solo las autoridades judiciales federales tienen el deber de hacer operativos los derechos constitucionales o internacionales, sino que cualquier autoridad, al momento de realizar un acto u omitir una conducta que tenga relación con personas titulares de derechos, debe tomar en cuenta los derechos constitucionales e internacionales para emitir su acto o dejar de hacerlo, sin poder poner como pretexto que son autoridades que solo deben aplicar la ley, pues lo que deben de aplicar es la protección directa al derecho fundamental (interpretación conforme).

Los derechos humanos influyen dentro de la Constitución y los derechos fundamentales<sup>8</sup> al determinar su catálogo y abrirlo a través del principio de dignidad de la persona y el derecho internacional, por lo que derechos humanos no reconocidos en la Constitución se convierten en fundamentales,<sup>9</sup> así como en su interpretación para determinar su contenido y lograr su efectividad.

<sup>7</sup> Escobar Roca, Guillermo. "Derechos humanos", cátedra dentro del curso Democracia y Derechos Humanos, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver los casos Costa-Enel y Simmenthal, determinó que las disposiciones comunitarias prevalecen sobre las nacionales, incluso las constitucionales, si contradice derechos de una norma comunitaria, ya que son de aplicación inmediata a favor de las personas. (Reyna Alfaro, Luis Miguel. *Fundamentos del derecho penal económico*. México: Ángel Editor, 2004, p. 100).

<sup>3</sup> *Idem*, p. 584.

<sup>4</sup> Donnelly, Jack. *Derechos humanos universales*. México: Editorial Gernika, 2003, p.31.

<sup>5</sup> Escobar Roca, Guillermo. "Derechos humanos", cátedra dentro del curso *Democracia y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008.

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985.

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

Las garantías son mecanismos jurídicos específicos de protección de un derecho humano o fundamental, o las técnicas para no restringir indebidamente el goce de ese derecho. Se traducen en las obligaciones o prohibiciones relativas a restringir de manera indebida el goce del derecho y con ello verificar la legitimidad de la intervención. En un Estado constitucional de derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la jurisdicción (tribunales judiciales), ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado y los particulares, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.

Ahora bien, los derechos no son absolutos, sino que pueden ser restringidos o afectados cuando el propio sistema lo permita. Al hablar de intervenciones a los derechos (afectaciones o restricciones) nos referimos a aquellas conductas, activas u omisivas, realizadas por un obligado (particular o público) y que afecta negativa y significativamente a una o más de las inmunidades o facultades que integran su contenido.<sup>10</sup>

De entrada, los derechos se encuentran limitados por el respeto a los derechos de los demás; los derechos se restringen cuando el hombre deja de ser social, lo que implica que conscientemente agrede o afecta los derechos de los demás.

Si los derechos fundamentales están en la Constitución, solo en normas del mismo rango podrá encontrarse la justificación de sus límites,<sup>11</sup> y su intervención debe seguir las siguientes reglas (*test* o filtro de proporcionalidad):

- a. *Adecuación o idoneidad*. El sacrificio del derecho es adecuado para proteger otro derecho. La intervención debe estar establecida en la norma constitucional, por ser adecuada para resolver un conflicto en la sociedad. De ahí que los derechos no sean absolutos, pero su intervención solo puede ser permitida por la Constitución, y no por otro tipo de normatividades.
- b. *Necesidad o indispensabilidad*. La afectación

es necesaria por ser el mecanismo menos dañoso para el derecho intervenido. Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el menos dañoso para el derecho intervenido.

- c. *Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*: Cuando entran en conflicto los derechos de las personas, debe intentarse, en la medida de lo posible, equilibrio entre ambas (afectar lo menos posible), o en su caso ponderar (dar mayor peso a uno de los derechos y afectar el otro), procurándose el respeto esencial de los intereses enfrentados (lo cual puede llegar a ser un ejercicio subjetivo atribuir mayor o menor peso a cada uno de los intereses en conflicto).<sup>12</sup>

Pero ¿cómo ponderar en colisiones de derechos? Para tratar de equilibrar la valoración subjetiva y objetiva, se recomienda seguir los siguientes pasos en forma escalonada:

1. Comparar los derechos en abstracto, para establecer cuál es mayor en forma abstracta (conflicto de interés genérico). Es decir, establecer cuál de los derechos tiene “mayor jerarquía” en forma genérica, y no particular o concreta. Es decir, comparar si tengo vida frente a vida, salud frente a libertad, integridad frente a domicilio, etc.; se trata de un análisis cualitativo, no cuantitativo, del contenido de bienes jurídicos en conflicto.
2. Comparar los derechos en el caso concreto, para verificar el grado de afectación de uno frente al otro (conflicto de interés dinámico). De acuerdo a las circunstancias del caso, determinar los grados de afectación de un derecho frente a la protección del otro, para determinar cuál cederá; es decir, determinar el derecho de mayor peso concreto que prevalecerá. Los grados de afectación a comparar serían:
  - a. El grado de no satisfacción o restricción de uno de los derechos (leve, media o grave).

<sup>10</sup> Escobar Roca, Guillermo. “Derechos humanos”, cátedra dentro del curso *Democracia y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE LA JUEZA O EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.). Primera Sala Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- b. La importancia de la satisfacción del derecho contrario (menor, media o mayor).
  - c. La mayor importancia de satisfacción de uno justifica la restricción del otro (menor).
3. Finalmente, comparar los resultados para saber si uno prevalece frente a otro (equilibrar), o si empatan, ponderar (elegir).
- a. Leve, cede frente a media o grave (o mayor). Se determina que la afectación es leve, y el otro derecho es medio o mayor.
  - b. Media, cede frente a grave (o mayor). Se determina que la afectación es media, y el otro derecho es mayor.
  - c. Grave frente a grave (mayor frente a mayor). Se determina que en ambos casos hay igualdad de circunstancias; son iguales en contenido tanto el que se afectará como el que se protegerá, por lo que hay que ponderar y elegir.

Por ejemplo, en un caso de robo de fámélico, el patrimonio (leve) cede frente a la protección de la integridad o vida (mayor). En otro supuesto, la inviolabilidad del domicilio (media) cede frente a la vida e integridad (mayor) cuando se ingresa en caso de delito flagrante. Y, finalmente, en caso de legítima defensa, la vida del atacante (mayor) se enfrenta a la vida del agredido (mayor), por lo que en este caso se pondera la vida del agredido como el que debe salvaguardarse, al defenderse de un ataque sin justificación, por lo que el Estado no protege al agresor que finalmente realizó una conducta humana dolosa contra la víctima.

Las últimas reglas sobre necesidad y ponderación en sentido estricto también se encuentran reguladas en el artículo 1º constitucional, al obligar a la autoridad a interpretar siempre en un sentido de protección amplio de los derechos de las personas.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE LA JUEZA O EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines

Así, las reglas de proporcionalidad para la intervención de un derecho nos pueden dar una definición actual de justicia como la dignificación de los derechos, satisfacción de las necesidades humanas y resolver o aminorar los problemas sociales, al equilibrar y hacer efectivos los derechos humanos y fundamentales.

### 3. Evidencia en el proceso penal.

La garantía de verificación o comprobación, prevista en los artículos 1, 14, 16, 20 apartado A fracciones V y IX, apartado B fracción II, 21, 29 y 102 de la Constitución federal mexicana, 8.2 y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se traduce en que en el procedimiento penal debe demostrarse un hecho que es punible o delictivo y la culpabilidad de quien lo cometió, lo cual queda a cargo del sujeto procesal acusador.

En este apartado, hablaremos sobre la evidencia en el proceso penal, y las reglas genéricas para su validez.

que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

Época: Décima Época. Registro: 160267. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.). Página: 533.

### 3.1 Evidencia

La evidencia es el elemento esencial de toda metodología procesal, incluyendo la penal: sin evidencia no existe materia para la declaración judicial. Se trata de toda información indispensable para llegar a un conocimiento aproximado del hecho, la relación subjetiva del imputado y la víctima, y el establecimiento de las sanciones, para así poder arribar a la conclusión de si es procedente o no, la pretensión punitiva del acusador.<sup>14</sup>

En México se distingue entre dato de prueba, medio de prueba o prueba, según la etapa procesal en sea relevante para tomar ciertas decisiones, sin olvidar que los registros de investigación carecen de valor cuando en un juicio oral, salvo el caso del procedimiento abreviado (artículos 259, 260 y 261 del CNPP).

La evidencia será la misma durante todo el procedimiento (desde la investigación hasta el juicio oral y la ejecución de las sanciones, si es el caso); lo que cambia es su denominación y forma de presentación en las fases procesales, para distinguir el tipo de información que la jueza o el juez tendrá para tomar sus decisiones.

Por lo anterior, las partes contarán con los “antecedentes de investigación”, que son los registros físicos o escritos que se integran a la carpeta de investigación del fiscal, o de la defensa (pues el defensor puede investigar, obtener evidencia y llevar sus registros de información; al igual que la víctima y su asesor jurídico), y que son la base de contenido para hacer la referencia del dato de prueba.

Es decir, la carpeta de investigación (que sustituye al documento de averiguación previa del sistema tradicional inquisitivo) es la compilación de esos antecedentes (sencilla, sin fe pública ni desahogo de prueba, simples registros del contenido de la evidencia) y de toda actividad que pueda generar molestia o afectación en los derechos de las personas; la cual debe existir para cumplir con los derechos de protección y certeza jurídica precisados en los artículos 1º, 14 y 16 constitucionales, pues si bien el fiscal actúa como parte igualitaria dentro del procedimiento penal, sigue subsistiendo su carácter de autoridad administrativa (también con los investigadores públicos), y como toda autoridad tiene el deber de salvaguardar

y proteger los derechos humanos y fundamentales de las personas, de ahí que cuente con la obligación de evidenciar que sus actuaciones son lícitas y apegadas a derecho, con base a los deberes de objetividad y lealtad, y con mayor razón cuando afirma que una persona ha actuado en forma contraria a la norma, y busca intervenir sus derechos, por lo que tiene la carga de demostrar que su actuación es válida, mientras que la del individuo es inválida e ilícita.

Entonces, la carpeta de investigación sirve para evidenciar las actuaciones de los investigadores y el acusador, determinar si son válidas y contar con un registro de la información relevante del caso, tanto para que la jueza o el juez cuente con elementos para tomar decisiones como para que también la parte contraria tenga elementos para ejercer sus estrategias de litigación.

El artículo 266 del Código Nacional Procesal Penal en México precisa que los actos de molestia deberán realizarse con respeto a la dignidad de la persona, y que se realizará un registro forzoso solo si la persona no está dispuesta a cooperar o se resiste. Esta última parte genera conflictos operativos, tanto desde la óptica de la autoridad, como desde las partes del procedimiento, pues los registros deben realizarse en cualquier acto de molestia, con o sin cooperación de la persona afectada, ya que la autoridad debe evidenciar que realizó el acto jurídica y adecuadamente, lo cual quedará en tal registro. Además, conforme al principio de legalidad de los artículos 14 y 16 constitucionales, se requiere la existencia del registro para otorgar certeza jurídica a las personas y que, en su caso, tengan base del acto para combatir su legitimidad. Si la autoridad no realiza el registro, difícilmente evidenciará que actuó debidamente, y las personas podrán impugnar con total facilidad sus acciones para declararlas nulas e ineficaces, pues la carga para demostrar que se actuó con respeto a los derechos es de la autoridad.

Ahora bien, así como el fiscal contará con su carpeta de investigación, también la defensa y la víctima podrán llevar sus registros de información (carpetas de investigación de defensa y víctima), pues no es obligatorio que todas las actividades las realicen los investigadores del Ministerio Público o que se soliciten a través de este, ya que las otras partes también pueden emplear investigadores propios. El fundamento procesal de existencia de carpetas o registros

<sup>14</sup> Morales Brand, José Luis Eloy. *Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación*. México: Troispublient, 2018, p. 292.

de investigación de la defensa o de la víctima se encuentra en los artículos 117 fracciones VI y VII, 337 y 428 del código nacional procesal. En este orden de ideas, ambas carpetas (de los acusadores y la defensa) tendrán el mismo valor: ninguno. Las carpetas de investigación que contienen los antecedentes sobre los cuales se referenciará la información carecen de valor por sí mismos, y la integrada por el fiscal no tiene mayor peso puesto que, a pesar de ser autoridad para efectos de legalidad, en el procedimiento es un sujeto igual a los demás. De ahí que la jueza o el juez otorgue valor y resuelva a favor del sujeto procesal que referencie sus datos de prueba y emita sus argumentos con mayor claridad, certeza, objetividad, lealtad y asertividad.

En la carpeta de investigación no hay datos de prueba, sino registros. El dato de prueba es la referencia a toda fuente de información (contenido de la evidencia) aún no desahogada ante la jueza o el juez de juicio oral, y que ayuda a establecer que se ha cometido un hecho punible, que existe la probabilidad de que el imputado intervino en su comisión o cualquier otra hipótesis fáctica relevante para peticiones en audiencias preliminares en el procedimiento penal.

Los datos de prueba ayudarán a tomar decisiones en la investigación, como la terminación anticipada del procedimiento, el control de detención, la vinculación al proceso, técnicas de investigación que requieran control judicial, entre otros. El dato de prueba implica transmitir el contenido de la información que está en las carpetas: en audiencias en etapa de investigación, las partes, en forma oral y directa, referenciarán (comunicarán) al tribunal la información contenida en sus antecedentes (registros), y con ella se tomarán las decisiones precedentes. Referir la fuente de información no implica leer documentos completos, ni llevar al medio de prueba a hablarle al juez, y mucho menos que este lea la carpeta de investigación; referir la fuente de información es indicar, sintéticamente, el contenido relevante del testigo entrevistado, el objeto asegurado o la pericia realizada y cómo esa información se relaciona con una hipótesis jurídica y ayuda a sostener la petición planteada. Es decir, el dato de prueba aparece hasta que las partes le indican al tribunal el contenido de sus evidencias y el tribunal escucha esa información.

El medio de prueba es todo instrumento de información (fuente) que permita conocer los hechos

materia del proceso y que sean ofrecidos en la fase intermedia. Es decir, una vez agotada la fase de investigación, el acusador y el acusado decidirán qué mecanismos de información son los importantes y relevantes para llevar a una audiencia de juicio, por lo que, en la formulación de acusación, coadyuvancia de acusación y respuesta de defensa, establecerán claramente los medios de prueba que ofrecen para ser admitidos y desahogados en juicio.

Una vez que la fuente habla directamente ante la jueza o el juez o la información se produce o desahoga ante autoridad judicial en la audiencia de juicio oral y la jueza o el juez la interioriza y la valora, adquiere el carácter de prueba. La prueba entonces será el conocimiento del hecho, el cual ingresa a través del mecanismo o instrumento idóneo en el juicio oral. Para efectos de la sentencia dictada en el juicio oral solo se considerarán como prueba aquellas evidencias que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, salvo en el caso de la prueba anticipada, cuya técnica implica la recepción de la información previamente y ante un juez diverso, por causas urgentes pero con las reglas del debate oral, que luego es reproducida, a través de su registro, en la audiencia de juicio.

En síntesis, la carpeta o registros son los antecedentes de investigación; los datos de prueba, lo referido o comunicado por las partes en las audiencias, principalmente en etapa de investigación; los medios de prueba, los instrumentos identificados de forma precisa, con objeto y finalidad, para ser llevados al juicio oral (etapa intermedia), y la prueba, lo que diga la fuente directamente ante el tribunal de juicio oral, su recepción y valoración.

Para clarificar más esta distinción, ayuda el siguiente ejemplo: un profesor le pide a un estudiante que investigue qué es una “teoría del caso”. El estudiante, una vez que realizó la indagación, le indica al maestro que la teoría del caso es una “hipótesis para litigio oral” (referencia al contenido de una fuente: dato de prueba). El maestro duda si en verdad se investigó, por lo que el alumno le comenta que la información la obtuvo del libro “Y”, del autor “X”, y da los datos de identificación del texto (medio de prueba); pero el maestro sigue sin tener certeza total, por lo que el estudiante le presenta físicamente el libro y la página en dónde se contiene la definición (prueba).

Así, cuando decimos que el dato de prueba es una referencia a una fuente de información, implica

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

que en la fase de investigación, y concretamente al momento de realizar solicitudes al juez de control o desarrollarse audiencias, las partes no mostrarán a la fuente de información, ni sus registros o antecedentes, al hacer sus peticiones o argumentos, sino que simplemente le referirán al juez que tienen tal o cual información, con el fin de que la autoridad escuche y tome las decisiones, con base a los principios de oralidad e inmediación. Lo anterior implica que la jueza o el juez confiará en la parte que hace referencia a la fuente de información, sin necesidad de que se le muestre físicamente esa base, y la confianza está sustentada en que la contraparte participará activamente en la audiencia, y en caso de que la parte solicitante esté falseando la información o no tenga la fuente a la que hace referencia, será controlada por la contraria, y si esta no se inconforme con lo argumentado por la peticionaria, se entenderá que es cierta la información que está siendo referida (deber de lealtad). En los supuestos en que, por la naturaleza de la petición, no esté presente la parte contraria previamente, en el análisis inmediato posterior podrá hacer valer la falta de sustento de la información, y en caso de que efectivamente el solicitante hubiera referido datos falsos o que no existían, la jueza o el juez podrá declarar mala práctica e incumplimiento al principio de investigación objetiva, invalidar el acto e, inclusive, sobreseer el asunto por causa grave y mala fe del acusador.

En el mismo orden de ideas, una vez concluida la etapa de investigación, las partes no tiene la obligación de presentar toda la evidencia recolectada, sino que en un ejercicio de depuración, decidirán cuales son las relevantes para lograr su interés, por lo que las ofrecerán formalmente en la fase de preparación, y en ese momento se convertirán en medios de prueba, los cuales serán analizados, en debate contradictorio, para determinar cuáles se admiten para su producción en la audiencia de juicio oral. Finalmente, en la fase principal, la prueba tendrá que mostrarse directamente ante la jueza o el juez, al cual le hablará y le transmitirá su información.

Por ejemplo, si estuviéramos investigando un robo, y una persona nos indicara que ella vio cuando el imputado se apoderó del objeto y luego ingresó a un domicilio, para solicitar un cateo sería necesario referirle al juez que un testigo nos indicó lo anterior, sin necesidad de mostrarle los registros de la entrevista o llevarle al testigo, para que el juzgador dic-

te su resolución. Luego, en la etapa de preparación ofreceríamos formalmente al testigo, indicando sus datos de identificación y lo que pretendo probar con su declaración. Finalmente, en la etapa de juicio oral, tenemos que presentar al testigo e interrogarlo, para que directamente transmita la información al juez.

Tanto el fiscal, a través de sus investigadores públicos (policías detectives y peritos), como el imputado, la defensa, la víctima u ofendido y su asesor jurídico podrán recabar evidencias, ofrecerlas como medios probatorios y producirlas en juicio. Así, podrán recabarlos a través de sus investigadores o peritos privados, o solicitarle al fiscal que los recabe para lograr que se cumpla el deber de objetividad.

En conclusión, la carpeta de investigación y sus antecedentes son los registros de todas las cadenas de custodia realizadas por los investigadores (públicos o privados) el acusador, la defensa o el asesor jurídico, desde la denuncia o querrela o detención del imputado, hasta la presentación del caso ante los jueces, que da certeza sobre la validez de la actividad probatoria o permite cuestionar su licitud.

### 3.2 Reglas en materia de prueba

En el proceso penal acusatorio existe la libertad probatoria, lo que implica que se permite ofrecer y desahogar cualquier medio de prueba, mientras no sea ilícita. Es decir, los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso podrán evidenciarse mediante cualquier prueba que no esté prohibida.

Los datos de prueba deben ser pertinentes y útiles, es decir, referirse directa o indirectamente al objeto de la investigación, o idónea y conducentes, por lo que deben tener relación con el hecho investigado y no traducirse en repeticiones innecesarias.<sup>15</sup>

Por lo anterior, los tribunales podrán limitar y excluir los datos, medios de prueba y pruebas cuando sean prohibidas por ser (artículo 346 del CNPP):

1. Impertinentes: no tengan relación directa o indirecta con lo que se pretende demostrar (hechos de la teoría del caso, credibilidad del testigo, etcétera).
2. Inútiles: su naturaleza no es la idónea o adecuada para esclarecer los hechos o el tema del debate.

<sup>15</sup> Idem, p. 302.

3. Dilatorias: retrasan el trámite normal del procedimiento por ser sobreabundantes (varios medios de prueba del mismo tipo, que acrediten el mismo hecho), donde la jueza o el juez pedirá a las partes que reduzca los medios y decida cuáles quiere llevar a juicio.
4. Innecearias: pretendan comprobar hechos públicos y notorios (no están sujetos a prueba, al tratarse de un dato u opinión común indiscutible, no por el número de personas que conocen ese hecho, sino por la notoriedad, accesibilidad, aceptación e imparcialidad de este conocimiento: que hay luz a las 12:00 horas en un día de primavera o quién es el presidente de un país al momento de ocurrir el hecho) o de acuerdos probatorios (hechos no controvertidos o sujetos a debate por común aceptación de las partes).
5. Inadmisibles por ilicitud: que hayan sido originadas, ubicadas, descubiertas, aseguradas, obtenidas, fijadas, trasladadas, resguardadas, referidas, incorporadas, admitidas, producidas y reproducidas por medios que violenten derechos humanos y fundamentales.

En consecuencia, cualquier evidencia obtenida con violación de los derechos humanos y fundamentales será nula, así como las pruebas ilícitas reflejas, mediatas, por derivación o por conexión de ilicitud (doctrina del árbol venenoso o árbol envenenado). Esta nulidad y el argumento de ilicitud se podrá realizar en cualquier etapa del procedimiento penal en que el dato o medio de prueba pueda causar afectación (artículo 264 del CNPP). En caso de que el dato provenga de una fuente independiente, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se puede llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre estas, será válida para tomar decisiones.

### 3.3 Evidencia ilícita

Al acusador (sea público o particular) le corresponderá demostrar la hipótesis de acusación con una pluralidad de evidencias que no sean controvertidas. Así, la carga probatoria no es del imputado ni de la jueza o el juez, sino que el sujeto procesal que niega la inocencia de una persona es a la que corresponde probar su culpabilidad (artículo 130 del CNPP).

Esa función de verificación debe realizarse mediante evidencias obtenidas conforme al respeto de derechos humanos y fundamentales de las personas: “el fin justifica los medios” se ve superado por la “legitimidad de los medios para llegar al fin”.

Gracias a los casos *Mapp vs. Ohio* y *Chimel vs. California*<sup>16</sup> de la Corte Suprema de Estados Unidos, surge la doctrina del árbol venenoso o árbol envenenado,<sup>17</sup> que implica la invalidez de la evidencia obtenida como consecuencia de la violación de un derecho humano, fundamental o garantía constitucional. Esta invalidez comprende tanto la evidencia obtenida del acto ilícito como aquellas que deriven directa o indirectamente (sea reflejo) de la primera ilicitud. De esta manera existe la evidencia ilícita que comprende dos modalidades:<sup>18</sup> la regla de exclusión probatoria, que considera no aprovechable la evidencia que es consecuencia directa de la primera ilegalidad, y la proyección de esa invalidez a la evidencia derivada del acto ilícito inicial.

Esta regla de exclusión sería insuficiente si solo invalida la evidencia obtenida mediante el acto ilícito, pero no alcanzará a las derivadas de aquella, pues se alentaría la obtención ilícita de evidencias, sabiendo que no tendrían valor, pero sí las derivadas. Como ejemplo, torturar a una persona para que rinda información y con ello realizar otras actividades de investigación, obtener declaraciones sin informar el derecho a no declarar, o ingresar a domicilios sin orden judicial, encontrar prueba física y luego analizarla “legalmente” por peritos.

Por lo anterior, carecerá de validez toda evidencia obtenida por medios ilegítimos, así como las que se deriven de la obtención ilícita de la primera. Se entiende entonces por qué se prohíbe el inicio de una investigación por mera sospecha (detenciones ilegales, retenes, revisiones de rutina); no se permite la violación del domicilio o del derecho a la intimidad sin orden judicial; se prohíbe la violación de las comunicaciones privadas y la tortura e incomunicación, entre muchos otros.

En este sentido, si los acusadores reciben evidencias que hayan sido obtenidas por medios ilícitos y

<sup>16</sup> Guzmán, Guillermo. *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América*. México: SCJN, 2000, p. 29.

<sup>17</sup> Si las raíces de un árbol están podridas o envenenadas, necesariamente sus frutos heredarán esas características.

<sup>18</sup> Edwards, Carlos. *La prueba ilegal en el proceso penal*. Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 2000, p. 90.

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

violatorios de derechos, deberá negarse a emplearlas en el ejercicio de sus solicitudes (lineamiento 16 de las Directrices sobre la Función de los Fiscales, adoptada en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en la Habana, Cuba, el 7 de septiembre de 1990).

Debo aclarar que la doctrina del árbol venenoso o envenenado solo excluye la evidencia ilícita y la que genere (derive directa, indirecta o refleja), pero esto no invalida en automático un proceso en su totalidad, pues los medios de prueba diversos, que no tengan relación con ese acto ilícito (estén desvinculados) y que puedan ser válidos por sí mismos, podrán ser analizados para determinar la procedencia de la acusación (doctrina de la fuente independiente).

Por otro lado, la tendencia del derecho penal del enemigo (limitar las garantías de los imputados) ha originado criterios en el sistema estadounidense para purgar las evidencias ilícitas y sus derivadas y permitir su validez en los procesos penales, lo que han denominado doctrina del fruto curado,<sup>19</sup> que afortunadamente no son permitidos por el sistema constitucional mexicano, que expresamente declara inválida la evidencia obtenida ilegalmente y sus consecuencias. Es decir, se trata de una garantía constitucional que debe observarse; mientras que en el modelo estadounidense se derivaron de interpretaciones judiciales:

1. El supuesto del “descubrimiento inevitable”, que implica la validez de la evidencia, pues de cualquier manera hubiera podido ser descubierta por medios lícitos.

Por ejemplo, se detienen a una persona y se le obliga a dar información que le perjudica, indicando dónde se encuentra un cadáver. A pesar de ello, en el lugar de los hechos de acceso público, se encontraban investigadores que, sin conocer la información del detenido, buscaban información, por lo que de cualquier manera se habría encontrado el cadáver.

La crítica que puedo hacer es que se convierte en un juicio subjetivo del juzgador, que valora circunstancias hipotéticas que no ocurrieron en la realidad y que solo pretenden salvar el actuar ilegal, pues en estricto sentido toda evidencia

de cualquier forma pudo haber sido descubierta por medios lícitos, pues finalmente las reglas del proceso obligan a actuar con base a la legalidad y constitucionalidad de los derechos; y en consecuencia, si de cualquier manera se iba a descubrir la evidencia legalmente, a la autoridad siempre se le exige la conducta diversa al delito, es decir, actuar legítimamente respetando los derechos en la obtención de datos de prueba.

2. Obtención de evidencia ilícita por “actuación de buena fe”, cuando la autoridad creía que actuaba conforme a derecho y que no estaba violentando derechos humanos, por lo que la evidencia debe ser valorada, pues la finalidad no era la de afectar a la persona.

Esto es inaplicable, puesto que una autoridad, para serlo, debe especializarse en su actuar legal, ya que, al ingresar a un cargo de administración pública, adquiere el deber de respetar y hacer cumplir las disposiciones normativas constitucionales, internacionales y domésticas en el ejercicio de su función. Ninguna autoridad que ejecute protocolos de actuación relacionados con la protección o vulneración de derechos humanos o fundamentales podría alegar desconocimiento o buena fe en caso de que los violente.

3. Hipótesis del “vínculo atenuado”, donde la relación entre la evidencia ilícita y las que derivan de ella se va disminuyendo o purgando por aceptación del afectado, por lo que disminuye su relación de causa efecto, y en consecuencia la evidencia se convalida.

Por ejemplo, si una persona es incomunicada y obligada a declarar, sin informarle que tiene derecho a no declarar y asesorarse previamente de su defensor, y posteriormente ante la jueza o el juez, ya debidamente representado e informado, él mismo acepta su declaración inicial.

Este supuesto acaba completamente con la prohibición de evidencia ilícita, pues la idea es que la autoridad observe que sus actuaciones ilegales son desvaloradas con el fin de que deje de hacerlas y actúe correctamente; de lo contrario, el mensaje que se manda es que puede actuar violentando derechos, pues de igual manera se pueden validar sus ilegalidades, ya que la auto-

<sup>19</sup> USAID. *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*. Colombia, 2009, pp. 78 a 80.

ridad sabe que puede actuar ilegalmente, y después “provocar” que la persona afectada acepte o convalide la actuación en forma expresa.

## 4. Intervenciones corporales

### 4.1 Intimidad, privacidad y libre desarrollo de la personalidad

Las intervenciones corporales como mecanismo de investigación en el proceso penal tienen relación directa con la intimidad y privacidad personal.

El derecho a la privacidad incluye la posibilidad de realizar acciones privadas ilimitadas que no dañan a terceros y que por lo mismo no pueden ser calificadas por una moral pública o autoridad; el derecho a la intimidad se traduce en la esfera de la persona que está exenta del conocimiento de los demás,<sup>20</sup> como lo son sentimientos, hábitos y costumbres, relaciones familiares, situación económica, creencias religiosas, salud mental y física, y todos los datos reservados al propio individuo, cuya divulgación sin su consentimiento produce un peligro real e inminente para su intimidad y plan de vida.<sup>21</sup>

Siguiendo a Hans Ullrich Gallwas, el libre desarrollo de la personalidad asegura la esfera personal de vida y la conservación de sus condiciones, como el ámbito privado, íntimo y secreto (artículos 1 y 6 de la Constitución mexicana, 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el honor, el derecho a disponer como se presentará la personalidad, el control de la propia imagen y sus palabras, así como la comunicación y empleo de los datos personales;<sup>22</sup> y quien no puede prever con seguridad qué información personal es conocida por la autoridad o los particulares y quien no pueda calcular el conocimiento del otro participe de la comunicación no puede efectuar planes ni decidir según su propia autodeterminación.<sup>23</sup>

El derecho a la privacidad de un ser humano implica el reconocimiento a su libre desarrollo de personalidad, por lo que debe contar con un espacio íntimo

y único, al que solo él tenga acceso y decida en qué momento, formas y con quién lo pretende compartir, con el fin de proteger sus sentimientos, recuerdos, hogar, vida privada, interioridad humana, aspectos corporales o incorporeales, relaciones familiares, seguridad individual y familiar, honra, domicilio, honor o reputación; datos privados e íntimos que deben ser protegidos para cumplir con los fines de los derechos humanos que se traducen en el desarrollo pleno del ser humano en la colectividad y el trazo adecuado de su plan de vida (artículos 1, 11, 14, 16 y 20 de la Constitución federal, 11 de la CADH, y 17 del PIDCP).

A diferencia de otras épocas, en la actualidad el Estado no hace “graciosas concesiones de derechos”, sino que los derechos están dados por la naturaleza humana y su búsqueda de satisfacción de necesidades, y es al Estado al que corresponde garantizar, permitir y hacer efectivo su disfrute, para que todo ser humano desarrolle libremente su personalidad y cumpla con su plan de vida, sin controles injustificados. El Estado debe garantizar que el ser humano alcance sus propias metas, defina autónomamente sus opciones y caminos en plan de vida, con el solo límite de que en ese ejercicio no afecte derechos de los demás. Es decir, garantizar el libre desarrollo de la personalidad es proteger las características que hacen única a una persona, la autodeterminación consciente y responsable en su toma de decisiones y permitir que realice las actividades que le permitan alcanzar su particular idea de felicidad, sin dañar a los demás. Si se tiene la libertad de elegir, sin afectar a otro, es respetar y garantizar que uno sea verdaderamente libre.<sup>24</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido<sup>25</sup> que el libre desarrollo de la personalidad y el proyecto de vida implica la realización integral de la persona, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permite fijarse determinadas expectativas y acceder a ellas. Para lograrlo, es necesario que la persona tenga opciones para alcanzar el destino que se propone; si no hay opciones, no hay libertad, y mucho menos desarrollo de personalidad.

De igual forma, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México ha determinado que el libre

<sup>20</sup> Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2017, p. 327.

<sup>21</sup> García, Luis. *Juicio oral y medios de prensa*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1995, p. 101.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 67.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>24</sup> Morales Brand, José Luis Eloy. *Juicio oral... op. cit.*, p. 313.

<sup>25</sup> Caso I.V. Vs. Bolivia. Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñiguez. Vs. Ecuador. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica.

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

desarrollo de la personalidad se contempla como la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto comprende, entre otras expresiones, la libertad de escoger su apariencia personal, su profesión o actividad laboral, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, solo a ella corresponde decidir autónomamente.<sup>26</sup>

En síntesis, la privacidad e intimidad involucran la decisión personal de determinar quiénes y en qué condiciones tomarán conocimiento de ciertos aspectos de la vida personal. Por ello hay que actuar con cautela si quiero que el cuerpo de una persona se convierta en un instrumento probatorio, pues las normas constitucionales o el derecho internacional de los derechos humanos no permiten un derecho de acceso a información sin restricciones, sino que las razones de seguridad estatal y el derecho a la privacidad de las personas entran en colisión para acceder a una fuente de información.<sup>27</sup>

El proyecto de vida es único y original en cada persona; se va creando y recreando cada día, con la finalidad de alcanzar una meta o ideal: la felicidad, la cual también es única y original para cada ser (pensar, imagen, política, religión, recreación, etc.). Así, en materia procesal penal, los lugares más íntimos de protección al ser humano para que desarrolle libre y adecuadamente su personalidad son su persona física y psíquica (no hay nada más íntimo que tu propio cuerpo), su domicilio y sus comunicaciones privadas.

#### 4.2 Revisiones corporales y toma de muestras

Es importante distinguir entre revisión personal y revisión corporal.

La revisión de personas consiste en una exploración externa y de sus pertenencias, siempre y cuando no se afecte su dignidad e intimidad, por lo que deberá realizarse en lugar adecuado y por personas del

sexo que la persona afectada elija, debiéndose realizar videograbación del acto en forma preferente. En caso de que se requieran exponer las partes íntimas para la revisión, deberá recabarse autorización judicial inmediata (tutela de garantías).

Esta actividad es para revisar prendas y objetos, no partes del cuerpo. La exposición de partes íntimas será para revisar prendas que tengan contacto con ellas, no partes o muestras del cuerpo, pues para eso existirá la técnica de revisión corporal o toma de muestras.

La revisión solo podrá llevarse a cabo en la investigación de hechos punibles, en caso de flagrancia o cuando exista fundamento de que la persona porta objetos relacionados con el hecho investigado, una vez que se está realizando una investigación, y otorgue previa autorización para efectuarla. Es decir, para realizar una “requisa”, “revisión de rutina” o “inspección preventiva”, se requieren indicios objetivos y razonables<sup>28</sup> de que se va a cometer un delito (tentativa), se está cometiendo (flagrancia) o se acaba de cometer (cuasiflagrancia), o que ya exista una investigación en curso y se haya dado una orden para realizar actividades de investigación, y en esa ejecución sea necesaria la revisión por existir indicios objetivos de que se porta algún objeto o evidencia relacionada con aquella.

<sup>26</sup> DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE”, Tesis Aislada, Número de Registro 165822. P. LXVI/2009. Pleno. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Diciembre de 2009.

<sup>27</sup> García, Luis. *Juicio oral... op. cit.*, p. 92.

<sup>28</sup> CONTROL PROVISIONAL PREVENTIVO. PARÁMETROS A SEGUIR POR LOS ELEMENTOS DE LA POLICÍA PARA QUE AQUÉL TENGA VALIDEZ CON POSTERIORIDAD A LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA... Amparo directo en revisión 3463/2012. 22 de enero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez. DETENCIÓN Y RESTRICCIÓN PROVISIONAL DE LA LIBERTAD PERSONAL. SU INTERRELACIÓN Y DIFERENCIAS CONCEPTUALES... Amparo directo en revisión 1596/2014. 3 de septiembre de 2014. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular, y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valdez. DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL. CARACTERÍSTICAS DE LOS NIVELES DE CONTACTO ENTRE UNA AUTORIDAD QUE EJERCE FACULTADES DE SEGURIDAD PÚBLICA Y UNA TERCERA PERSONA.... Amparo directo en revisión 1596/2014. 3 de septiembre de 2014. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular, y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valdez.

De lo contrario, si se realiza por simple corazonada o “intuición”, la revisión, detención y todo lo que derive de ella será ilegal, al violarse la prohibición de investigación por mera sospecha (con base al artículo 16 constitucional, se requiere denuncia o querrela, o flagrancia o cuasiflagrancia, para iniciar una investigación).

A pesar de lo anterior, los artículos 132 fracción VII, 147, 251 fracción III y 268 del código nacional procesal facultan a las autoridades policiales a realizar inspecciones o revisiones de personas o pertenencias sin su consentimiento ni autorización judicial en caso de negativa, lo cual violenta los artículos 1º, 14 y 16 Constitucionales, 7 y 8 de la CADH, 9 y 17 del PIDCP y la regla séptima de las Reglas de Mallorca, al hacer revisiones por mera sospecha y violando el libre desarrollo de personalidad, privacidad y tránsito de la persona. Como expliqué anteriormente, es necesario recabar su consentimiento, y de lo contrario solicitar al juez de control la autorización de la técnica de investigación, y solo en casos de emergencia o urgencia en que exista peligro por la posibilidad de portar armas o afectar la integridad de las personas realizarse la inspección sin consentimiento previo, pero con revisión posterior de la medida ante el juez de control.<sup>29</sup> Por ello se reitera que solo en el supuesto de que existan indicios objetivos y razonables (sospecha razonada o fundada; no simple sospecha) de la comisión de un hecho delictivo podrá realizarse la detención y la revisión.

Ahora bien, la revisión corporal o toma de muestras consiste en pedir a una persona, previo consentimiento informado, la entrega voluntaria de muestras corporales (fluido, vello, cabello, biológico, sangre, huellas dactilares, etc.), obtener imágenes de su cuerpo o la realización de exámenes, siempre que no afecten su dignidad, pudor y salud.

Conforme a la estructura del proceso penal mexicano, esta evidencia puede ser obtenida con el consentimiento de la persona y, en caso de no contar con esa aceptación, a través de autoridad judicial. Para que esta actividad invasiva sea válida,<sup>30</sup> previo al control judicial, se requiere consentimiento informado del afectado.

Para cumplir con ese requisito, debe comunicársele el tipo de muestra, examen o imagen que se quiere

tomar; el mecanismo con el que se realizará, por qué es el menos lesivo o invasivo y los efectos que puede provocar ese mecanismo; por qué es necesaria la actividad y para qué fin se quieren los resultados; qué personal especializado la llevará a cabo, y que dicho personal deberá de ser del mismo sexo o del sexo que la persona afectada elija; quién podrá estar presente en la actividad, y en dónde quedarán resguardados los resultados de la actividad y a quién serán entregados.

Esta información deberá otorgarse en presencia de su representación jurídica, quienes asesorarán a la persona para que tome su decisión, y en caso de consentir podrán estar presentes en la toma de muestra, imagen o examen. Si alguno de estos elementos no le fue informado al afectado, su consentimiento será inválido, al igual que el indicio y el mecanismo probatorio, pues debe tratarse de una decisión completa, plena e indudable.

En caso de menores de edad, se debe recabar el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, custodia o tutela, y también se debe informar al menor de la actividad, para que pueda ser escuchado (artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño); de lo contrario, el consentimiento será inválido.

Si no se cuenta con el consentimiento informado de la persona afectada, ya sea que se niegue expresamente o sufra algún trastorno mental permanente o transitorio, el código nacional procesal permite que el fiscal pueda hacer la solicitud al juez de control.

Dicha audiencia debe ser contradictoria y previa a la afectación, en la que estarán presentes fiscal, asesor jurídico, persona a la que se pretende afectar y su representante jurídico (asesor, defensa, abogado). El fiscal debe indicar los datos de prueba que muestren la existencia del hecho, y su relación con la persona a la que se le quiere realizar la intervención, el fundamento constitucional para la intervención, por qué se trata del mecanismo menos violento, es decir qué otros mecanismos existen y se agotaron o no pudieron llevarse a cabo y por qué motivos, y en consecuencia por qué se trata de la última opción que se tiene para realizar la actividad.

Debe señalar la persona sobre la cual se quiere practicar la actividad; el tipo, clase y tamaño de muestra, examen o imagen que se quiere realizar; el sustento de por qué es necesario y su justificación; por qué es adecuada o eficaz para lograr el fin que se persigue; cómo se realizará la toma, por quién y por

<sup>29</sup> Morales Brand, José Luis Eloy. *Juicio oral... op. cit.* p. 316

<sup>30</sup> *Idem*, p. 128.

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

qué es necesaria o menos lesiva o invasiva que otras medidas; y sobre todo, por qué es proporcional, al tratarse de la última opción que se tiene para obtener la información sobre el hecho investigado (en síntesis todos los elementos que deben informarse para el consentimiento, además de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la intervención). Si la persona se encuentra en un estado de trastorno mental, directamente deberá acudir a instancia judicial a solicitar la actividad, en la que deberán comparecer persona de confianza, defensor o asesor jurídico y quien ejerza la representación jurídica del incapaz.

Es importante destacar que, si los investigadores quieren realizar una técnica o actividad probatoria sobre una persona, requerirán su consentimiento informado y su asesoría previa con representante legal; y en particular la víctima y el imputado, pues en un esquema procesal penal acusatorio dejan de ser simples medios de prueba, para convertirse en sujetos del proceso con derechos, con base en su dignidad humana, que prohíbe degradarlos a la calidad de un objeto. Por lo anterior, si se niegan a otorgar consentimiento, los investigadores podrán acudir ante el fiscal o defensor, para que soliciten la intervención judicial, con la finalidad de que valore el otorgar autorización para ejecución de la técnica. Lo anterior, siempre y cuando la Constitución federal y el derecho internacional de los derechos humanos permita la intervención, y también tomando en consideración de que, si el sistema normativo permite que la víctima se niegue a someterse a determinadas actividades de investigación o jurisdiccionales para su protección, esa misma protección debe existir para el imputado, con la finalidad de no quebrantar el equilibrio y la igualdad y no generar una discriminación negativa no permitida por el orden constitucional federal en sus numerales 1º, 14 y 16.

¿Por qué considero que se requiere siempre el consentimiento del posible afectado, a pesar de que se acuda ante el juez de control? Si bien el artículo 270 del código nacional procesal permite que el juez autorice la toma de muestra, en atención a la gravedad del hecho investigado,<sup>31</sup> valorando la proporcionalidad y

la necesidad de la medida por no existir otra menos dañosa para el examinado que sea igual de idónea para el fin de la actividad de investigación y que debe estar presente una persona de confianza del afectado en la toma de muestras, la redacción del numeral no es clara, pues no se entiende si se refiere a que la víctima u ofendido pueden negarse a otorgar la muestra, y que en esos casos no se podrá acudir ante el juez (el 269 del CNPP habla de que la revisión de la víctima se realizará con cumplimiento de su consentimiento informado en caso de que implique violencia contra la mujer), y en cambio, si se trata del imputado, hay posibilidad de acudir ante el juzgador; o, por el contrario, si lo que pretende decirse es que, aunque la víctima no otorgue su consentimiento, será sometida a la toma de muestras sin tener que acudir al órgano jurisdiccional.

En una visión garantista e interpretación *pro homine*, considero que se refiere a que en el supuesto de que la víctima no otorga su consentimiento para la intervención, ningún juez podrá autorizarla, para garantizar su intimidad, privacidad y su carácter de sujeto sensible del procedimiento penal y no de objeto de prueba. Esto también debe operar para el imputado, pues además de no poderse dar un trato distinto o discriminatorio por prohibición constitucional, tanto víctima como imputado son sujetos del proceso, no objetos de prueba, y si no quieren dar su consentimiento para la toma de muestras corporales, exámenes o imágenes, ningún juez puede obligarlos, puesto que constitucionalmente no existe expresamente la autorización de intervención a su privacidad, intimidad y salud sin su consentimiento, que a final de cuentas es el primer filtro de proporcionalidad en las reglas de intervención de derechos, cuyo principio debe observarse como lo menciona el propio código.

Inclusive la suprema corte ya ha definido esto en los casos de demandas de paternidad, donde indicó que no puede obligarse al demandado a someterse a la prueba de ADN,<sup>32</sup> y aunque ha establecido una presun-

<sup>31</sup> Si llegara a validarse que un juez permita una toma de muestra sin consentimiento del posible afectado, como el código nacional obliga al juez a que tome en cuenta la “gravedad” del hecho, conforme al artículo 19 de la Constitución federal mexicana y la normativa vigésimo tercera de las Reglas de Mallorca, los únicos delitos graves existentes son aquellos en contra de la seguridad de

la nación, el libre desarrollo de la Personalidad, y delitos contra la salud, siendo los demás de “prisión preventiva oficiosa”; de ahí que solo en estos hechos punibles contra la seguridad de la nación, la salud y el libre desarrollo de la personalidad se podría hacer un análisis para la permisión de la toma de muestras sin consentimiento.

<sup>32</sup> “PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN). ANTE LA POSIBILIDAD DE LOS PRESUNTOS PADRES DE NEGARSE AL DESAHOGO DE DICHA PROBANZA, SE PRESUMIRÁ SU PATERNIDAD SALVO PRUEBA EN CONTRARIO (ARTÍCULO

ción de la paternidad en caso de negativa, no pueden existir presunciones de culpabilidad en materia penal, y mucho menos sometimientos forzosos de la víctima o el imputado con el pretexto de esclarecer el hecho.

Si bien la Primera Sala resolvió que el tomar la muestra sin voluntad no es un acto de tortura, inhumano o degradante, y tampoco afecta el derecho a la autoincriminación, ya que este solo ampara la obligación de no declarar, no ha analizado ni establecido si la norma constitucional permite expresamente la intervención corporal (el artículo 16 habla de molestar a la persona, no al cuerpo), es decir, que la persona se convierta en objeto del proceso por mandato constitucional, y tampoco ha determinado si se violenta la presunción de inocencia en su variante de no provocar situaciones para que el imputado genere prueba contra sí mismo.<sup>33</sup>

El propio código nacional, en su artículo 269, expresamente indica que la persona tiene derecho a negarse a proporcionar las muestras, y que inclusive se le debe informar previamente de ese derecho. Es decir, se trata de un derecho, no de una obligación; de una facultad reconocida y protegida por el sistema jurídico, a resguardar tu intimidad, integridad, da-

tos personales y desarrollo personal, a cuidar lo más íntimo que se tiene como ser humano, su propio ser físico y psíquico. Y por eso se trata de una facultad que exclusivamente puede ejercer la propia persona, la única que puede permitir procedimientos invasivos a su cuerpo o de injerencia a su propio ser, y ningún particular, autoridad o ente estatal tienen autorizado violar la visión más íntima de un ser humano, su ser individual, físico y psíquico. De lo contrario se estaría obligando al imputado a entregar prueba contra sí mismo (autoincriminarse),<sup>34</sup> y a revictimizar a la víctima, o se les forzaría físicamente para ello, generando un trato cruel, inhumano y degradante que les daría el carácter de objetos, afectando su dignidad. Por lo anterior, la norma procesal está reconociendo y garantizando el derecho constitucional de privacidad, intimidad y salud de la persona, por lo cual, no se trata de una obligación, y el juzgador no podría, jurídicamente hablando, forzar u obligar a la víctima o imputado a someterse a la toma de muestras corporales sin su consentimiento o permiso expresa.

Aunado a lo anterior, si el juzgador estimara que es válido obligar al imputado a permitir u otorgar la toma de muestra, ¿su determinación autoriza a ejercer coerción y someterlo violentamente para ese fin? Si esto es así, violentamos el derecho internacional al ejercer tratos crueles, inhumanos y degradantes a un ser humano, convirtiéndolo en un objeto inerte del proceso, carente de dignidad. Además, empleamos uso de la fuerza no permitido, pues ningún instrumento internacional o nacional permite que para hacer valer un mandato judicial pueda alterarse la salud, violarse la dignidad o afectarse la integridad física y emocional de una persona; es decir, el uso de la fuerza en ese nivel no se encuentra validado jurídicamente.

Además, la disposición vigésima tercera de las Reglas de Mallorca establece que toda intervención corporal está prohibida, salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Y si bien establece una excepción a tal consentimiento, lo es solamente cuando no exista otro medio para descubrir el posible hecho delictivo, por lo que no se refiere a una medida

LO 5, APARTADO B), INCISO III, DE LA LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL). ...Lo anterior no implica que dicho artículo autorice la práctica de la citada probanza de manera forzada y contra la voluntad de los mismos, porque el precepto no establece la correlativa obligación de los supuestos padres a someterse a la práctica de la citada prueba pericial, de manera que éstos, en todo momento, pueden negarse a que dicha probanza se lleve a cabo... Amparo en revisión 1166/2005. José Martín Roiz Rodríguez. 16 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Joaquín Cisneros Sánchez". "JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO)... Así, cuando en un juicio de paternidad se ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética (ADN) y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, es constitucional que se le apliquen dichas medidas para que se cumpla la determinación del juzgador, pero si a pesar de esas medidas no se logra vencer la negativa del demandado para la realización de la prueba, esto no significa que se deje a merced de la voluntad del presunto ascendiente el interés superior del menor, y que dicha negativa u oposición para la práctica de la prueba quede sin consecuencia alguna, ya que en todo caso debe operar la presunción de la filiación... Contradicción de tesis 154/2005-PS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. 18 de octubre de 2006".

<sup>33</sup> Amparo Directo en Revisión 1034/2019. Primera Sala de la SCJN. 15 de julio de 2020

<sup>34</sup> Por ejemplo: muestras de escritura; muestras, estudios o fijación de imágenes corporales; análisis psicológicos o psiquiátricos que impliquen entrevistar al imputado sobre el hecho, técnicas demostrativas que impliquen participación del imputado (reconstrucción); reconocimiento de personas en caso de que no se cumplan con los requisitos adecuados para no inducir al reconocimiento; fichaje para efectos administrativos, etcétera.

## Tutela penal de la intimidad del testigo frente al delito de falso testimonio

diversa menos lesiva para la obtención de muestras, como lo indica el código nacional; se refiere a que no exista otro medio de prueba para evidenciar el hecho; así que tal excepción solo operaría ante ausencia total de prueba que demuestre el delito, y que la toma de muestra fuera la única para acreditarlo, lo cual prácticamente podría hacerse hasta agotar la investigación. Pero tal excepción no podría aplicar en el sistema mexicano, pues la Constitución amplía el derecho íntimo de la persona a su cuerpo, materia biológica e identidad, pues expresamente no autoriza su intervención corporal, además de que una sola prueba de acreditación del delito no es suficiente para superar la duda razonable.

En conclusión, obligar al imputado, con la amenaza del uso de la violencia pública, a someterse a toma de muestras, imágenes o exámenes corporales para su posterior análisis representa imponerle la carga de colaborar con la acusación para su propio perjuicio. El imputado no tiene el deber de ayudar en la investigación con conductas activas o pasivas, sino que puede negarse a ser objeto de prueba. Esa falta de colaboración en la investigación no puede ser sancionada, lo que ocurre cuando un juez lo obliga a someterse a la actividad, pues implica exigirle que auxilie a la acusación contra sí mismo.<sup>35</sup>

## 5. Conclusiones

El derecho internacional y constitucional ordena a todas las autoridades a proteger y garantizar los derechos humanos y fundamentales; es decir, no solo las autoridades judiciales federales tienen el deber de hacer operativos los derechos constitucionales o internacionales, sino que cualquier autoridad, al momento de realizar un acto u omitir una conducta que tenga relación con personas titulares de derechos, debe tomar en cuenta los derechos constitucionales e internacionales para emitir su acto o dejar de hacerlo, sin poder poner como pretexto que son autoridades que solo deben aplicar la ley, pues lo que deben de aplicar es la protección directa al derecho fundamental (control de constitucionalidad e interpretación conforme).

Una verdadera política criminal democrática, que tenga como límites los derechos humanos y funda-

mentales de las personas, será aquella que construya un mecanismo de control social penal que tienda a la protección de los seres humanos, afectándolos lo menos posible. Esta visión influye en el derecho penal para desarrollar el principio de intervención mínima o último ratio de la reacción penal: frente a un conflicto social, el Estado constitucional de derecho debe, antes que nada, desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero solo en último término, optar por definirlo como criminal. Cuando así lo hace está ejercitando entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal en tanto que está referida a la criminalización del conflicto.<sup>36</sup>

Para intervenir o afectar un derecho se requiere la autorización constitucional, por ser adecuada para resolver un conflicto en la sociedad; su necesidad de afectación a través del mecanismo menos dañoso para el derecho intervenido, y el equilibrio o la ponderación de los derechos en conflicto para establecer cuál prevalece. No podemos llegar al último paso si previamente la norma constitucional no permite la afectación del derecho.

La evidencia es toda información indispensable para llegar a un conocimiento aproximado del hecho, la relación subjetiva del imputado y la víctima, y el establecimiento de las sanciones, para así poder arribar a la conclusión de si es procedente o no la pretensión punitiva del acusador. Cualquier evidencia obtenida con violación de los derechos humanos y fundamentales será nula, así como las pruebas ilícitas reflejas, mediatas, por derivación o por conexión de ilicitud (doctrina del árbol venenoso o árbol envenenado).

El cuerpo y la mente de un ser humano son su esfera más íntima, que debe protegerse para garantizar su libre desarrollo de personalidad. Esto genera un choque con la posibilidad que tienen las autoridades de realizar intervenciones corporales y tomar muestras, imágenes o realizar exámenes sobre el cuerpo o la mente de una persona, con el fin de investigar un hecho delictivo. En una visión garantista e interpretación *pro homine*, ningún tribunal está facultado para autorizar la intervención del cuerpo de una persona, so pretexto de buscar evidencia en un proceso penal. Tanto víctima como imputado son sujetos del

<sup>35</sup> Morales Brand, José Luis Eloy. La declaración del imputado. México: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2006, pp. 214 y 215.

<sup>36</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho... op. cit.*, p. 580.

proceso, no objetos de prueba, y si no quieren dar su consentimiento para la toma de muestras corporales, exámenes o imágenes, ningún juez puede obligarlos, puesto que constitucionalmente no existe expresamente la autorización de intervención a su privacidad, intimidad y salud sin su consentimiento, que a final de cuentas es el primer filtro de proporcionalidad en las reglas de intervención de derechos, cuyo principio debe observarse como lo menciona el propio código.

Decidir sobre su cuerpo y otorgar consentimiento para que sea convertido en instrumento probatorio es un derecho, no una obligación. Es una facultad reconocida y protegida por el sistema jurídico, a resguardar tu intimidad, integridad, datos personales y desarrollo personal, a cuidar lo más íntimo que se tiene como ser humano, su propio ser físico y psíquico. Y por eso se trata de una facultad que exclusivamente puede ejercer la propia persona, la única que puede permitir procedimientos invasivos a su cuerpo, o de injerencia a su propio ser, y ningún particular, autoridad, o ente estatal, tienen autorizado a violar la visión más íntima de un ser humano, su ser individual, físico y psíquico. De lo contrario se estaría obligando al imputado a entregar prueba contra sí mismo, y a revictimizar a la víctima, o se les forzaría físicamente para ello, generando un trato cruel, inhumano y degradante que les daría el carácter de objetos, afectando su dignidad.

## 6. Referencias bibliográficas

- Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V. Vs. Bolivia. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica.
- Donnelly, Jack. *Derechos humanos universales*. México: Editorial Gernika, 2003.
- Edwards, Carlos. *La prueba ilegal en el proceso penal*. Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba, 2000.
- Escobar Roca, Guillermo. “Derechos Humanos”, cátedra dentro del curso *Democracia y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2011.
- García, Luis. *Juicio oral y medios de prensa*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1995.
- Guzmán, Guillermo. *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América*. México: SCJN, 2000.
- Morales Brand, José Luis Eloy. *La declaración del imputado*. México: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2006.
- Morales Brand, José Luis Eloy. *Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación*. México: Trois-publiant, 2018.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2017.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. *Fundamentos del derecho penal económico*. México: Ángel Editor, 2004.
- Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985.
- USAID. *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*. Colombia, 2009.



**FGR**  
FISCALÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

**48**<sup>INACIPE</sup>  
AÑOS  
1976 • 2024

Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal

