

Revista

La Pen

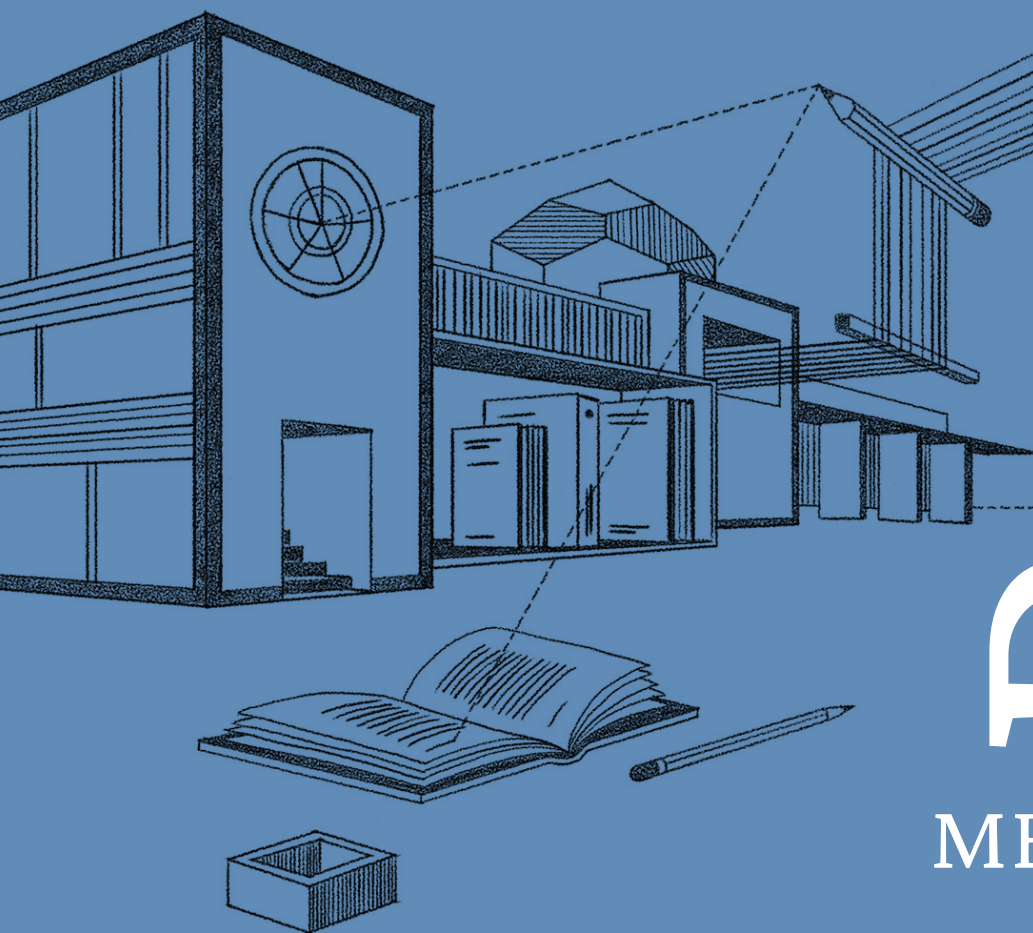
MÉXICO

27

julio • diciembre • 2025

ISSN 2007-4700 • e-ISSN 3061-7324

• SEGUNDA ÉPOCA •



Revista Penal México

Número 27 —————

julio • diciembre 2025

ISSN: 2007-4700 —————

— e-ISSN: 3061-7324

SEGUNDA ÉPOCA

-
- Universidad de Huelva
 - Universidad de Salamanca
 - Universidad Pablo de Olavide
 - Universidad de
Castilla-La Mancha
 - Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal
 - Instituto Nacional
de Ciencias Penales

Directorio

Revista Penal México

DIRECTORES

Juan Carlos Ferré Olivé

Universidad de Huelva

Gabriela Alejandra Rosales Hernández

Titular del Instituto Nacional

de Ciencias Penales

Instituto Nacional de Ciencias Penales Equipo editorial

EDITOR RESPONSABLE

Juan Carlos Gómez Espinoza

CUIDADO EDITORIAL

Gabriela Monserrat Espejo Pinzón

Leticia Escobar Lucrecio

Kayleigh Bistrain Alcázar

DISEÑO EDITORIAL

Daniel Leyte Muñoz

José Antonio Guzmán Maldonado

Laura Ximena Sánchez García

Comité científico

Kai Ambos

Universidad Georg August de Gotinga

Luis Arroyo Zapatero

Universidad de Castilla-La Mancha

Andrés Baytelman

Baytelman Legal. Fraud, Forensics
and Compliance

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Universidad de Salamanca

Miguel Bustos Rubio

Universidad UNIR, Madrid

Pablo Galain Palermo

Instituto Max Planck para el Derecho
Penal. Extranjero e internacional

José Luis González Cussac

Catedrático de la Universidad de Valencia

Carmen González Vaz

CUNEF Universidad, Madrid

José León Alapont

Universidad de Valencia

Víctor Manuel Macías Caro

Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

Francisco Muñoz Conde

Universidad Pablo de Olavide

Alberto Enrique Nava Garcés

Instituto Nacional de Ciencias Penales

Ulrich Sieber

Instituto Max Planck para el Derecho Penal
Extranjero e internacional

Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad de La Salle en León, Guanajuato

Consejo de redacción.
Investigadores del INACIPE
y sus líneas de investigación

Sofía Magdalena Cobo Téllez

Justicia para adolescentes

Emilio Daniel Cunjama López

Criminología y victimología

Bernardino Esparza Martínez

Derecho penal electoral

Eric García López

Derecho, neurociencia y

psicopatología forense

Ricardo Gluyas Millán

Derecho penal económico -

prevención del delito

Eliseo Lázaro Ruiz

Criminalística y servicios periciales

Alberto Enrique Nava Garcés

Derecho procesal penal

Blanca Ivonne Olvera Lezama

Seguridad pública - feminicidio

Revista Penal México, año 14, núm. 27, es una publicación semestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) a través de la Dirección de Publicaciones y Biblioteca, domicilio de la publicación: Magisterio Nacional 113, col. Tlalpan, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14000, Ciudad de México, Tel.: 55 5487 1500, ext.: 560261; <https://inacipe.fgr.org.mx>, e-mail: revista.penal@inacipe.fgr.org.mx, y la Universidad de Huelva, con domicilio en: Dr. Cantero Cuadrado, 6.21071 Huelva, España. Editor responsable: Juan Carlos Gómez Espinoza. Reserva de Derechos al Título Exclusivo núm. 04-2023-050213215900-102; ISSN: 2007-4700, e-ISSN: 3061-7324; Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15411.

Impresa por la C. Noemí López Gallardo. Calle Fernando Ramírez 27, col. Obrera, alcaldía Cuauhtémoc, C.P. 06800, Ciudad de México. Este número se terminó de imprimir en julio de 2025 con un tiraje de 100 ejemplares.

Consignatario mercantil Armando Téllez Reyes (distribuidor). Calle Begonias 6A, col. Clavería, alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02080, Ciudad de México, teléfonos: 55 5356 6888, 555356 6881 y 55 5356 6891; e-mail: ventas@dijuris.com

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura de los editores de esta publicación. Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación, sin previa autorización del Instituto Nacional de Ciencias Penales.



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

Diseño editorial e ilustración de portada elaborados por Daniel Leyte.



Contenido

1

Los criterios de admisibilidad de la prueba pericial en el proceso penal

The Admissibility Criteria for Expert Evidence in Criminal Proceedings

• Rafael Ayala Yancce •

pp. 1-20

2

El agente jurídico como diferenciador funcional: el papel del operador del derecho en la preservación estructural de los sistemas sociales en la era digital

The Legal Agent as a Functional Differentiator: The Role of the Legal Operator in the Structural Preservation of Social Systems in the Digital Age

• Adriano de Salles Oliveira Barcha •

pp. 21-44

3

Análisis de la trata de personas en México: incidencia y capacidad de persecución estatal

*Analysis of Human Trafficking in Mexico:
Incidence and State Prosecution Capacity*

- José Luis Castellón Sosa •
- Ramón Héctor Cota Ochoa •
- Karla Ivonne Martínez Hernández •

pp. 45-60

4

Culpabilidad por defecto de organización: ¿Una nueva categoría del derecho penal europeo?

*Organizational Fault as Guilt:
A New Category of European Criminal Law?*

- Luigi Foffani •

pp. 61-76

5

Desórdenes públicos: ¿la sombra de la sedición?

Public Unrest: The Shadow of Sedition?

- María del Carmen Gómez Rivero •

pp. 77-90

6

La duda razonable como estándar de prueba en el proceso penal: fundamentos, alcances y límites

Reasonable Doubt as a Standard of Proof in Criminal Proceedings: Foundations, Scope, and Limits

• Julio César Martínez-Garza •

pp. 91-114

7

El delito de lavado de activos en las legislaciones penales centroamericanas

The Offense of Money Laundering Under Central American Criminal Law

• Martín Alexander Martínez Osorio •

pp. 115-152

8

Presente y futuro del derecho penal económico en Italia

The Present and Future of Economic Criminal Law in Italy

• Alessandro Melchionda •

pp. 153-166

9

El delito de peculado como tipo penal de anticorrupción

The Crime of Embezzlement as an Anti-Corruption Offense

• Luz María Pérez González •

pp. 167-188

10

**Tráfico ilícito de migrantes y crimen organizado:
sus implicaciones en los derechos humanos**

*Migrant Smuggling and Organized Crime:
Their Implications for Human Rights*

• Paula Andrea Ramírez Barbosa •

pp. 189-214

11

**Regulación moral en adolescentes que han
cometido el delito de robo**

Moral Regulation in Adolescents Who Have Committed the Crime of Theft

• Winter Edgar Reyna Cruz •
• Alba Luz Robles Mendoza •
• Germán Morales Chávez •

pp. 215-234

Revista Penal México 27

• julio • diciembre 2025 •

e-ISSN: 3061-7324

1

Los criterios de admisibilidad de la prueba pericial en el proceso penal

*The Admissibility Criteria for Expert
Evidence in Criminal Proceedings*

• **Rafael Ayala Yancce** •

Abogado litigante en materia penal. Máster en Derecho Probatorio
en el Proceso Penal de la Universitat de Barcelona (España).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1517-5132>.

rafaelayalayancce@gmail.com

Los criterios de admisibilidad de la prueba pericial en el proceso penal

The Admissibility Criteria for Expert Evidence in Criminal Proceedings

• Rafael Ayala Yancce • Universitat de Barcelona •

Fecha de recepción
20-03-2025

Fecha de aceptación
17-04-2025

Resumen

El presente trabajo busca identificar los criterios objetivos que se emplean en el ámbito de la investigación científica y la epistemología. Una vez reconocidos estos criterios, se analizará su aplicación en la elaboración de los informes periciales. Finalmente, se sostendrá que estos criterios o requisitos deben ser examinados por el juez de garantía o de control en la etapa de control de admisibilidad de la prueba pericial.

Palabras clave

Prueba, prueba pericial, admisibilidad de la prueba pericial, experto, validez.

Abstract

This paper aims to identify the objective criteria used in the field of scientific research and epistemology. Once these criteria are identified, their application in the preparation of expert reports will be analyzed. Finally, it will be argued that these criteria or requirements should be examined by the supervisory or control judge during the admissibility review stage of expert evidence.

Keywords

Evidence, expert evidence, admissibility of expert evidence, expert, validity.

Sumario

1. Introducción. / 2. Criterios objetivos para la investigación en el ámbito científico y epistemológico. / 3. Objetivo institucional de la prueba pericial. / 4. La necesidad del conocimiento experto. / 5. Control de admisibilidad de la prueba. / 6. Contexto actual de la admisión de la prueba pericial. / 7. Criterios objetivos de admisibilidad de la prueba pericial. / 8. Contenido o estructura del informe pericial. / 9. Consideraciones finales. / 10. Referencias.

1. Introducción

Hoy en día, durante el control de admisibilidad de las pruebas, ya no se discute el contenido del informe pericial, sobre todo, de las pruebas basadas en la genética forense, por lo que la pregunta que surge es: ¿por qué ya no se discute? ¿Cómo se llegó a esta situación? Al parecer, la ciencia se ha convertido en una autoridad epistémica para sentar nuestras creencias como verdades incuestionables; los resultados de la ciencia han tenido mucha influencia en todos los niveles del saber humano, hasta el punto en que los resultados que arrojan se han convertido casi en infalibles.

Es debido a este contexto que las partes ya no necesitan cuestionar la calidad o el contenido de los informes periciales,¹ sino

que se limitan a exigir que dichas pruebas periciales cumplan con criterios generales de relevancia, utilidad, conducencia y legalidad. El juez de control, por su parte, no realiza un análisis exhaustivo del contenido de los informes periciales, sino que los admite como si fuera cualquier otra prueba circunstancial. Este enfoque reduce el examen detallado de la calidad epistémica de la prueba.

Si bien es cierto que la relevancia es una condición necesaria, no es suficiente. Si el objetivo es garantizar que al proceso penal ingresen solamente pruebas de calidad epistémica, es fundamental que el juez de control examine los criterios o requisitos mínimos que deben contener los informes periciales. Solo de esta manera podrá tomar una decisión fundamentada en la admisión o exclusión de la prueba.

En atención a estas circunstancias, en el presente trabajo me centraré en identificar los criterios o requisitos que deben cumplir los informes periciales. Para ello, en primer lugar, abordaré los criterios objetivos que se utilizan en el ámbito de la investigación científica y la epistemología. En segundo lugar, analizaré el objetivo institucional de la prueba pericial. En tercer lugar, identificaré los criterios generales que los jueces exigen para admitir las pruebas, así como el contexto actual de admisión de aquellas que son periciales.

¹ Esto ocurre con frecuencia, porque “lamentablemente somos buenos en aceptar una conclusión afirmada por alguien que creemos que es una autoridad en un tema”, Saks y Spellman citados en Rachel Herdy, “Ni educación, ni deferencia ciega. Hacia un modelo crítico para la valoración de la prueba pericial”, *Discusiones*, vol. 24, núm. 1, 2020, p. 103. <https://revistas.uns.edu.ar/disc/issue/view/186>

Por último, una vez identificados los criterios o requisitos, contrastaré los fundamentos teóricos a partir de algunas propuestas existentes. Finalmente, sostendré que el juez de garantía no debe limitarse a exigir la relevancia y la legalidad como criterio de admisión de la prueba pericial; por el contrario, debe exigir que el informe pericial cumpla con algunos requisitos mínimos que aseguren su calidad y validez.

2. Criterios objetivos para la investigación en el ámbito científico y epistemológico

En el ámbito de la investigación científica, principalmente en el contexto de la investigación clínica y la epistemología, se busca establecer principios básicos que permitan la generación de conocimientos científicos verificables y confiables, a través del método científico o del razonamiento crítico. Esta es una regla general en cualquier tipo de ciencia.

Para que el conocimiento sea verificable y confiable en el contexto de la investigación científica debe ser *repetible*, *reproducible* y *preciso*. Repetible, según *NRC Report 2009*, se refiere a la probabilidad conocida de que un perito obtenga el mismo resultado al analizar las muestras procedentes de las mismas fuentes.

Por reproducible, debemos entender que, con probabilidad conocida, diferentes peritos obtienen el mismo resultado cuando analizan las mismas muestras. [Y finalmente,] por preciso, entendemos que, con probabilidades conocidas, un perito obtiene resultados correctos tanto para (1) muestras procedentes de la misma fuente (verdaderos positivos) como para (2) muestras proce-

denes de distintas fuentes (verdaderos negativos).²

Estos son los criterios objetivos y básicos que se aplican en el ámbito de la investigación científica; aunque no son los únicos, sin embargo, son suficientes para lo que nos importa, por cuanto la repetibilidad o replicabilidad y precisión son criterios objetivos y esenciales que nos permiten concluir que un método es válido y fiable, al menos en los métodos objetivos empleados en el ámbito de la investigación científica.

Ahora, en el ámbito de la epistemología, que estudia el conocimiento, también se han establecido ciertos criterios objetivos y premisas confiables, que permiten controlar la validez y objetividad del conocimiento, entre ellas, tenemos la *justificación*, la *coherencia*, el *razonamiento lógico*.

Por justificación, se debe entender que el conocimiento no solo está respaldado en razones sólidas, sino que también está apoyado en evidencia o elementos de juicio disponibles que lo sostienen.

Por coherencia, se entiende que el conocimiento debe ser internamente coherente y no presentar contradicciones entre sí. Esta definición puede ser un tanto subjetiva, por ello, para mi cometido prefiero utilizarla en el

2 Citado en Carmen Vázquez, “Presentación de la traducción al castellano del informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio/International Journal on Evidential Legal Reasoning*, núm. 3, 2022, pp. 273-478. <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22743/26429>

sentido más amplio posible, dado que el conocimiento no es un hecho aislado, sino que tiene un carácter sistemático que implica aplicar métodos científicos rigurosos y bien estructurados.

Y finalmente, el razonamiento lógico, según “la lógica clásica implica que un argumento consta de proposiciones: una de ellas es la conclusión y el resto, las que se usan para justificar, son las premisas”.³ Bajo este entendimiento, podemos decir que el razonamiento lógico es un proceso mediante el cual se construyen argumentos sólidos, que contienen las premisas de las que se infiere o sigue la conclusión.

Son algunos de los criterios generales; aunque todas ellas pueden ser objeto de críticas o discusiones filosóficas. No obstante, sirven como criterio general para el propósito que se pretende, ya que nos permiten adoptar decisiones racionales, tanto en la vida diaria como en el ámbito de la investigación científica.

Estos criterios básicos, en cualquier tipo de investigación científica, funcionan como una guía estándar que se debe aplicar como una condición necesaria. Así, en el ámbito de la investigación forense también se emplea el método científico, ya que indica al perito cómo debe elaborar sus informes periciales y qué características debe tener. Un informe pericial no puede estar elaborado de cualquier manera; no se debe basar en una intui-

ción o una corazonada,⁴ ya que es irrelevante y carece de valor científico.

Por lo tanto, un informe pericial bien hecho es aquel en el que se aplica el método científico que se aplica en cualquier ciencia. Esto permite a las partes no solo realizar un control efectivo de su rigurosidad y confiabilidad de los métodos, técnicas o instrumentos empleados, sino también controlar la objetividad y la validez de las afirmaciones científicas o técnicas del perito, que será objeto de valoración por el juez de juzgamiento.

3. Objetivo institucional de la prueba pericial

Desde la perspectiva racionalista de la prueba, podemos decir que su finalidad es justificar que un enunciado o creencia es verdadero o falso con base en el conjunto de elementos de juicio disponible. Por ello, existe una relación causal entre prueba y verdad, postura que también defiende el fundherentismo,⁵

3 Montserrat Bordes Solanas, *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*, Madrid: Cátedra, 2011, p. 45.

4 De ahí que tienen razón Martínez y Suárez, cuando dicen que: “la historia nos muestra que la ciencia y la tecnología no pueden caracterizarse de acuerdo a criterios abstractos, sean metodológicos o metafísicos (como el supuesto método científico o la naturaleza universal de sus afirmaciones) pero también, precisamente como resultado de su historia, se trata de dos de las actividades humanas que más apreciamos por su capacidad de producir soluciones efectivas a un buen número de problemas”. Sergio F. Martínez y Edna Suárez Díaz, *Ciencia y tecnología en sociedad. El cambio tecnológico con miras a una sociedad democrática*, México: Limusa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 25.

5 Debo precisar que, si bien es cierto que el neo-

según el cual las pruebas o los elementos de juicio tienen el propósito de justificar y dar razones a nuestras creencias.

Sin embargo, esto no significa que dentro del proceso judicial siempre se alcance incondicionalmente la verdad de los hechos o una certeza racional a partir de los datos disponibles, lo cual es imposible, puesto que los seres humanos somos falibles. Ninguna técnica, método o ciencia permite establecer una verdad absoluta. Por tanto, “las pruebas solo nos conducen a verdades probabilísticas o aproximadas, sostenidas por mayores elementos de confirmación”.⁶

De tal manera que el objetivo de la prueba pericial no es “generar íntima convicción en el juzgador de los hechos”,⁷ ya que el estado psicológico es irrelevante, pues resulta injustificable en términos racionales. La ín-

tima convicción del juez trae consigo serios problemas, ya que, según esta corriente, no hay un lugar para los errores judiciales y su decisión se considera infalible. Es decir, ni siquiera el Tribunal Superior puede enmendar los errores de justificación y, de hacerlo, se apartaría no por razones justificadas, sino apelando únicamente a su estado de convencimiento. Esto se debe a que el fundamento de la decisión se concibe como una cuestión personalísima que no requiere justificación.

Por lo tanto, el objetivo de la prueba pericial es proporcionar información especializada de carácter científico o técnico sobre unos hechos o aspectos que desconoce el juez por su grado de incompetencia en ciertas materias o especialidades.

4. La necesidad del conocimiento experto

Dentro del proceso penal, está claro que no es el juez quien necesita del conocimiento experto, sino las partes procesales —defensa técnica y fiscal—, quienes lo requieren para probar un determinado hecho o circunstancia. Son ellas quienes seleccionan a los peritos en función de sus intereses o en función del objeto que requiere de la prueba pericial, salvo algunas excepciones en las que el juez puede solicitar de oficio (este último depende mucho del derecho probatorio).

Si asociamos la necesidad del conocimiento experto con la necesidad concreta del juez, consideramos que vamos en sentido contrario. Las partes procesales no saben qué información necesita el juzgador de los hechos para la toma de decisión; del mismo modo, el juez de control sabe qué necesita el juzgador de los hechos para decidir o dar por acreditado un hecho probatorio. Por lo tanto, vincular la necesidad del conocimiento

logismo *fundherentismo* se tradujo también como *fundaherentista*; para los efectos del presente trabajo voy a utilizar como *fundherentismo* término empleado por la traductora Ángeles Martínez, en Susan Haack, *Evidencia e investigación: hacia la reconstrucción en epistemología*, Madrid: Tecnos, 1993; Daniel González Lagier, “Qué es el *fundherentismo* y qué puede aportar en la teoría de la prueba en el derecho” en Susan Haack, *Premio Internacional de Cultura Jurídica 2020*, Madrid: Marcial Pons, 2020; y por Vázquez, Carmen, “Entrevista a Susan Haack”, *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, 2015, pp. 573-586.

6 Michele Taruffo, “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, *Di diritto processuale*, vol. XLV, núm. 2, 1990, pp. 420-447.

7 Mauricio Duce, *La prueba pericial. Aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios*, Buenos Aires: Didot, 2015, p. 33.

experto con la necesidad concreta del juez de juzgamiento genera mayores dificultades.

De esta manera, corresponde a las partes probar sus afirmaciones o la hipótesis; esta es la característica principal del proceso penal garantista. De hecho, Laudan está en lo cierto cuando afirma: “una de las funciones del sistema adversarial consiste en otorgar a cada parte la oportunidad de intentar debilitar o, bien, de poner en tela de juicio el caso de su contraparte”.⁸ Por esta razón, la necesidad de contar con un conocimiento experto debe asociarse con la necesidad de los sujetos procesales, quienes deben determinar o individualizar correctamente qué extremo o aspecto de la afirmación o hecho en particular requiere ser probado mediante dicho conocimiento.

Este es el fundamento esencial para la admisión de las pruebas periciales. Por lo tanto, si las partes no han identificado de manera genuina los hechos que requieren un conocimiento especializado o si la pericia se destina a determinar la verdad o falsedad de una proposición sostenida, el juez debe excluir las pruebas sin más. Establecer la verdad o falsedad de las proposiciones sostenidas por las partes es una función exclusiva del juez, no del perito.

5. Control de admisibilidad de la prueba

La admisibilidad es el control de entrada de las pruebas al proceso.⁹ Esta afirmación nos

conduce a plantear las siguientes preguntas: ¿quién ejerce este control?, ¿cuándo se lleva a cabo?, y ¿cuáles son los criterios para admitir o excluir las pruebas? Cuestiones que no son sencillas de responder.

La respuesta a la primera pregunta depende del sistema procesal que impera y de las reglas del derecho probatorio,¹⁰ pues, en aquellos países donde rigen las reglas del sistema acusatorio, “el control de admisión y

na Molina, y Joaquín González Rodríguez, “Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar”, *Diario La Ley*, núm. 7481, 2010, pp. 1-8.

10 Al respecto, Taruffo sostiene que “la razón de ser de cada regla específica puede radicar en factores muy diversos. Unas veces tienen que ver con la posición particular de las personas involucradas, otras atañen a la materia específica que tiene que ser probada. En ocasiones su propósito es evitar posibles errores y malentendidos en la valoración de los medios de prueba específicos, en otras su objetivo es evitar actividades procesales inútiles. En algunos casos, las reglas de exclusión son estrictas y precisas, mientras en otras se formulan en términos vagos y generales, de modo que su aplicación real dependerá en buena medida del criterio del tribunal”. Michel Taruffo, *La prueba* (trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán), Madrid: Marcial 2008, p. 42.

11 Aunque la denominación genera cierta polémica, puesto que un proceso judicial recatemente entendido, es aquel donde rige el principio de imparcialidad. Es decir, se debe garantizar la imparcialidad entre los sujetos procesales, debe existir un acusador y un juzgador de los hechos; dentro del proceso penal, no puede haber una concentración de poder, donde un solo juez acusa y sentencia.

8 Larry Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, (trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera), [Truth, Error and Criminal law], Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 53.

9 Marina Gascón Abellán, Juan José Luce-

exclusión de las pruebas está a cargo de un juez de investigación preparatoria o juez de garantía, quien es distinto del juez de juzgamiento. No obstante, ambos son jueces profesionales encargados de decidir qué pruebas se admiten y qué pruebas se excluyen.

A diferencia del sistema *common law*, donde el control de las pruebas está a cargo de un juez profesional y la etapa de juzgamiento recae en un jurado lego, integrado por personas sin formación especializada en derecho, en el proceso civil existe una concentración de poder. En este último, un solo juez se encarga tanto de admitir o excluir las pruebas como de valorarlas en la etapa de juzgamiento. Por ello, el control de admisibilidad de las pruebas depende en gran medida de las reglas procesales concretas o del derecho probatorio. No es un criterio uniforme ni una máxima universal.

La segunda pregunta no depende de las reglas del derecho probatorio, sino del estadio o momento procesal que se desarrolla antes del juicio oral. Por ello, en mi opinión, no existe controversia sobre este punto, nadie —que yo sepa— ha sostenido que el control de admisibilidad deba realizarse durante la actividad probatoria, es decir, en pleno desarrollo de la actuación probatoria, ya que esta última está destinada exclusivamente al examen de la prueba.

En cambio, los criterios para admitir o excluir las pruebas dependen de múltiples factores. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, una prueba será admitida si satisface

los siguientes criterios o requisitos: relevancia, pertinencia y legalidad.¹² Por ejemplo, Gonzalo del Río, sostiene que “[una vez que los sujetos procesales] hayan especificado el aporte de los medios de prueba, entonces, el juez se encuentra en condiciones de analizar la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas”.¹³

No estamos de acuerdo con esta clasificación, ya que una prueba es relevante o no lo es; no existe un término medio. De hecho, según el principio general de inclusión, todas las pruebas relevantes y legales deben ser admitidas sin más, pues a mayor cantidad de pruebas, mayor es la probabilidad de acierto.

Desde un punto de vista epistemológico, una prueba es relevante en función de su fuerza probatoria, es decir, del grado en que aumenta o disminuye nuestra creencia. Esto implica que una prueba será relevante si posee la capacidad de modificar nuestras creencias en una tarea de inferencia particu-

Por ello, las denominaciones como *sistema acusatorio*, *sistema acusatorio adversarial*, *sistema acusatorio oral contradictorio*, devienen en superfluas, por lo que es preferible nombrarlo como *un proceso justo*.

¹² Estos criterios se han convertido en una máxima universal, por lo menos en el contexto peruano.

¹³ Gonzalo del Río Laberthe, *La etapa intermedia en el proceso penal acusatorio*, Lima: Ara Editores, 2017, p. 187; también, véase Eduardo Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014 y Francisco Celis Mendoza Ayma, *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*, 2.^a ed., Lima: Idemsa, 2005.

lar.¹⁴ En el mismo sentido opinan Laudan,¹⁵ y Anderson.¹⁶

6. Contexto actual de la admisión de la prueba pericial

En el contexto peruano, por ejemplo, el Código Procesal Penal, en su artículo 178°, ha intentado establecer los criterios para el contenido del informe pericial, lo cual es positivo. Mas en la práctica, estos criterios suelen ser de tipo formal, ya que el juez de control no verifica los criterios de necesidad, idoneidad y confiabilidad¹⁷ del conocimiento experto.

De hecho, tradicionalmente, para admitir las pruebas periciales, los jueces de control solo examinan los plazos legales, la legalidad, la pertinencia, la utilidad y la conducencia, como se indicó anteriormente. Si las partes no cumplen con estas condiciones o exigencias, el juez declarará inadmisibles los informes periciales. Poco o nada se controla respecto al contenido del informe pericial y la calidad epistémica de las pruebas.

Además de no existir un verdadero con-

trol de admisibilidad de las pruebas, especialmente de la prueba pericial, tampoco se observan criterios uniformes o estandarizados sobre cómo los peritos o las peritas deben elaborar sus informes periciales ni cuál debe ser su contenido mínimo. Estas situaciones han permitido que los peritos o peritas elaboren sus informes utilizando criterios propios o métodos no científicos, que en muchas ocasiones son subjetivos.

Peor aún, el juez de garantía olvida que la etapa de admisión de pruebas es la estelar del proceso, a pesar de que es crucial para controlar la calidad epistémica de las pruebas que ingresan al juicio. Si los jueces adoptan una actitud pasiva, no cumplen verdaderamente con las funciones que se les han asignado.

En mérito de todo lo anterior, considero que el juez de garantía debe centrarse en efectuar un verdadero control de admisibilidad de la prueba pericial, ya que el objetivo es evitar que ingresen al proceso pruebas periciales de baja o nula fiabilidad.

Por todo lo que se ha anotado precedentemente, considero que debemos acudir a las propuestas establecidas en el *Expert's Code of Conduct*,¹⁸ australiano, la *Practice Di-*

¹⁴ David Schum, *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico* (trad. Orión Vargas) [*The evidential foundations of probabilistic reasoning*], Medellín: Orión Vargas, 2016, p. 117.

¹⁵ Larry Laudan, *op. cit.*, p. 44.

¹⁶ Terence Anderson, David Schum, y William Twining, *Análisis de la prueba* (trad. Flavia Carbonell y Claudio Agüero) [*Analysis Of Evidence*], Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 97.

¹⁷ Véase en Mauricio Duce, *La prueba pericial. Aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios*, Buenos Aires: Ediciones Didot, 2015, p. 56.

¹⁸ “Every report prepared by an expert witness for use in Court shall clearly state the opinion or opinions of the expert and shall state, specify or provide: (a) the name and address of the expert; (b) an acknowledgment that the expert has read this code and agrees to be bound by it; (c) the qualifications of the expert to prepare the report; (d) the assumptions and material facts on which each opinion expressed in the report is based (a letter of instruction may be annexed); (e) the reasons for and any literature or other materials utilised in support of each such opinion; (f) (if applicable) that a particular question, is-

rection 35, del Reino Unido¹⁹ y el *NRC Report* 2009, ya que, en los últimos tiempos, han

sue or matter falls outside the expert's field of expertise; (g) any examinations, tests or other investigations on which the expert has relied, identifying the person who carried them out and that person's qualifications; the extent to which any opinion which the expert has expressed involves the acceptance of another person's opinion, the identification of that other person and the opinion expressed by that other person; (i) a declaration that the expert has made all the inquiries which the expert believes are desirable and appropriate (save for any matters identified explicitly in the report), and that no matters of significance which the expert regards as relevant have, to the knowledge of the expert, been withheld from the Court; (j) any qualification of an opinion expressed in the report without which the report is or may be incomplete or inaccurate; (k) whether any opinion expressed in the report is not a concluded opinion because of insufficient research or insufficient data or for any other reason; and (l) where the report is lengthy or complex, a brief summary of the report at the beginning of the report". Supreme Court, "Form 44A-Expert witness code of conduct". Australia. https://classic.austlii.edu.au/au/legis/vic/num_reg/sciewcar2016n5202016672/s6.html

- 19 "An expert's report must: (1) give details of the expert's qualifications; (2) give details of any literature or other material which has been relied on in making the report; (3) contain a statement setting out the substance of all facts and instructions which are material to the opinions expressed in the report or upon which those opinions are based; (4) make clear which of the facts stated in the report are within the expert's own knowledge; (5) say who carried out any examination, measurement, test or experiment

buscado establecer ciertos criterios formales o requisitos mínimos que deben contener los informes periciales, los cuales deben ser exigidos durante la etapa de admisibilidad de la prueba.

7. Criterios objetivos de admisibilidad de la prueba pericial

Cabe recordar que los criterios de admisibilidad de la prueba dependen de cada sistema o diseño procesal de cada país. Así, por ejemplo, la mayoría de los sistemas procesales, para admitir las pruebas, suelen controlar su legalidad, pertinencia, utilidad y conducencia, como se indicó anteriormente.

which the expert has used for the report, give the qualifications of that person, and say whether or not the test or experiment has been carried out under the expert's supervision; (6) where there is a range of opinion on the matters dealt with in the report: (a) summarise the range of opinions; and (b) give reasons for the expert's own opinion; (7) contain a summary of the conclusions reached; (8) if the expert is not able to give an opinion without qualification, state the qualification; and (9) contain a statement that the expert: (a) understands their duty to the court, and has complied with that duty; and (b) is aware of the requirements of Part 35, this practice direction and the Guidance for the Instruction of Experts in Civil Claims 2014". Ministry Justice, "Practice Direction 35 -Experts and Assessors", Reino Unido. https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part35/pd_part35#2.1

Ahora bien, es cierto que la relevancia y legalidad son criterios generales para la admisibilidad de la prueba, pero no es suficiente para la admisión de la prueba pericial. Consciente de ello, la Corte Suprema estadounidense, mediante la sentencia *Daubert*, estableció los factores o requisitos de admisibilidad.²⁰

Estos factores fueron pensados para la etapa de admisibilidad de la prueba pericial, y no para etapa de valoración de la prueba, que se desarrolla en un momento posterior. Sin embargo, varios puntos de estos criterios fueron objeto de muchas críticas,²¹ aunque ello no implica que dichos factores no sean valiosos. Su aporte es esencial, por lo que consideramos que estos criterios pueden ser repensados o fortalecidos a partir de los criterios establecidos en el *Expert's Code of Conduct* australiano, la *Practice Direction 35* del Reino Unido y el *NRC Report 2009*, ya que

comparten puntos en común sobre lo que debe incluir el contenido del informe pericial, como se desarrollará a continuación.

8. Contenido o estructura del informe pericial

8.1. Información sobre las condiciones o cualidades académicas del perito o perita experto en el ámbito específico

Las cualidades o condiciones académicas del perito o la perita, para muchos, no son elementos que se deben considerar en la etapa de control de admisibilidad del informe pericial, ya que “se acredita con su sola designación”²² por parte del Ministerio Público, defensa técnica o, excepcionalmente por el juez. No obstante, las cualidades académicas del perito son un aspecto fundamental que debe ser evaluados en la etapa de admisibilidad de las pruebas.

Aunque esto no es un signo indicativo del *expertise*, ya que muchos profesionales pueden contar con un grado de magister, doctorado, cursos de especialización o capacitaciones en un determinado tema o área del conocimiento, pero esto no los convierte necesariamente en expertos genuinos. Lo que realmente define a un experto es su capacidad y credibilidad, las cuales serán objeto de valoración en la etapa de juicio oral, y no en la etapa de admisibilidad de la prueba, que tiene un carácter más formal.

20 Como que: a) la teoría o la técnica haya sido sometida a prueba o posibilidad de que esta sea contrastada, b) la teoría o técnica haya sido publicada en alguna revista especializada, c) la tasa de error del método o técnica haya sido puesta en manifiesto, y d) el método o técnica empleada tenga aceptación por la comunidad científica relevante. *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals*, 1993.

21 Véanse, entre otros, Carmen Vázquez, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid: Marcial Pons, 2015; Carina Gómez Fröder, “La prueba pericial médica: criterios para su emisión, admisión y valoración”, *Conamed, Derecho Sanitario*, vol. 21, núm. 2, 2016, pp. 88-98 y Leah Vickers, *Daubert, “Critique and Interpretation: What Empirical Studies Tell Us About the Application of Daubert”*, *University of San Francisco Law Review*, núm. 40, 2005, pp. 109-148.

22 Carmen Vázquez Rojas, *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso*, México: Escuela Federal de Formación Judicial y Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023, p. 52.

Conocer las cualidades académicas del perito es el punto de partida que permite a las partes controlar la capacidad del experto. Por lo tanto, deben ser demostradas de manera formal.²³ Además, se puede exigir que el experto informe si ha tenido la oportunidad de ser ponente en algún congreso o si ha publicado algún ensayo o artículo en la materia en que se considera experto.

Esta información debe ser acreditada por la parte que presenta la pericia, la cual debe adjuntar los documentos pertinentes como un anexo al informe pericial. Esto permitirá que el juez de garantía examine de manera objetiva las credenciales académicas del perito. Cabe aclarar que esto no implica que el juez de garantía realice una valoración adelantada de la credibilidad del perito o del informe pericial, ya que dicha evaluación corresponde al juez de juzgamiento. Con todo, esta información permite, al menos, presumir que el perito es probablemente un experto en el objeto del peritaje que ha elaborado.

Así pues, demandar las credenciales o cualificaciones académicas del perito durante la etapa de admisión de la prueba permite evitar el ingreso de pseudoexpertos al juicio oral. Estos, en lugar de proporcionar información de calidad, terminarán ofreciendo datos poco fiables o, peor aún, terminarán confundiendo al juzgador de los hechos. Por ello, el juez de garantía debe realizar un verdadero filtro y no admitir todas las pruebas periciales presentadas por las partes, sino

únicamente aquellas que posean calidad epistémica.

De hecho, esta es la finalidad teleológica del ítem 1 del apartado 3.2 de la *Practice Direction*, pues las condiciones o cualidades académicas del perito no solo permiten conocer su enfoque teórico en la materia en la que se presenta como experto, sino que también influyen directamente en la calidad y rigor de la elaboración del informe pericial. Por lo tanto, exigir una “formación rigurosa al [perito o perita] por su enorme responsabilidad”²⁴ es un requisito esencial para garantizar una decisión justa y equilibrada dentro del proceso penal.

8.2. La descripción o identificación del objeto del peritaje y la hipótesis que el experto debe corroborar

La identificación clara y precisa del objeto de test o prueba es el punto de partida de cualquier objeto de estudio desarrollado por un investigador en cualquier ámbito o disciplina científica. Por ello, la descripción del objeto de pericia²⁵ no se limita a un simple enunciado del problema, sino que implica especificar qué elementos, hechos o circunstancias serán objeto de contrastación o prueba, así como delimitar qué aspectos o elementos específicos quedan excluidos del peritaje. Esto

²³ Teresa Scott, Antonio Manzanero, José M. Muñoz, Günter Köhnken, “Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil”, *Anuario de psicología jurídica*, núm. 24, 2014, p. 62.

²⁴ Enrique Echeburúa, José Manuel Muñoz, Ismael Loinaz, “La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro”, *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Vol. II, núm. 1, 2011, p. 154.

²⁵ Sobre el particular, véase Carmen Vázquez Rojas, *Guía sobre... op. cit.*, p. 28.

es fundamental para evitar cualquier tipo de confusión y garantizar la rigurosidad del análisis.

Esta es la exigencia del artículo 3º, inciso a, del *Expert Witness Code of Conduct* y el artículo 3.20. inciso 4 de la *Practice Direction*, que insta a los peritos o peritas a especificar con precisión el objeto de la pericia y, a partir de ahí, formular la hipótesis o las hipótesis en cuestión, las cuales deberán someterse a un test. Dicha conjetura debe abordar únicamente los hechos controvertidos que requieran una opinión técnica o científica, ya que no todo hecho controvertido demanda conocimiento experto.

El desarrollo del trabajo por hipótesis es el criterio que permite diferenciar entre lo que es valorado por la ciencia y las teorías pseudocientíficas.²⁶ Esto significa que deben responder a los objetivos específicos que el perito pretende demostrar. No se trata de formular cualquier hipótesis, sino únicamente aquellas que puedan ser objeto de contrastación mediante el empleo de métodos, técnicas o teorías científicas que el perito domina por su especialidad. No obstante, en la práctica, muchos peritos o peritas se limitan a recoger el pedido de la Fiscalía y establecen el objeto de pericia de manera general, como el siguiente ejemplo:

Objeto de la pericia

El fiscal provincial de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada contra la criminalidad organizada... solicita la pericia acústica forense de homologación de voz de F. C. P. R., con el locutor masculino 'Pizarro/Don',

según transcripciones y registros de audios enviados por la Fiscalía.²⁷

Es evidente que el perito en acústica ni siquiera ha formulado la hipótesis objeto de contrastación, y mucho menos, una hipótesis alternativa, lo que podría llevarlo a incurrir en sesgos de confirmación. Por ello, es necesario que formule, al menos, dos hipótesis plausibles y explicables a partir de los datos disponibles.

Una correcta descripción e identificación del objeto del peritaje, así como una adecuada formulación de la hipótesis contrastable, son esenciales para guiar no solo el trabajo del perito, sino también para ayudar al juez de garantía a realizar un escrutinio riguroso de la forma del informe pericial durante el control de admisibilidad.

8.3. Identificación o referencia clara y precisa de los métodos, técnicas, teorías utilizadas para contrastar la hipótesis

Es preciso señalar que “el desarrollo continuo [de la ciencia] es esencial para el carácter racional y empírico del conocimiento científico, [...] si la ciencia cesa de desarrollarse pierde este carácter”.²⁸ Bajo este entendido, debemos estar dispuestos a aceptar que en el proceso judicial solo deben ingresar pruebas de calidad epistémica. Solo así podremos exi-

²⁶ Véase Teresa Scott, *op. cit.*, p. 62.

²⁷ Informe pericial acústico forense n.º 022-2024, de fecha 31.1.23.

²⁸ Karl Popper, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico* (trad. Néstor Míguez) [*Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*], Barcelona: Paidós Ibérica, 1972, p. 264.

gir a los jueces de juzgamiento que realicen una valoración racional de la prueba.

El trabajo del perito no termina con la simple descripción o identificación del objeto del peritaje; por el contrario, se le exige que identifique de manera clara y concreta los métodos, técnicas o teorías científicas que está empleando para analizar los hechos objeto del peritaje. Es decir, debe informar “las fuentes de información consultadas e instrumentos técnicos utilizados”.²⁹ Sin embargo, es frecuente encontrar informes periciales como el siguiente:

Objeto de estudio, método e instrumentales empleados

- a. Objeto de estudio: establecer la operatividad del arma de fuego.
: establecer operatividad de cartuchos.
- b. Método: analítico.
- c. Instrumental: equipo forense de análisis balístico.³⁰

Es cierto que el perito hace referencia a un método y una técnica que habría empleado para determinar la operatividad del arma de fuego, pero no explicita cuál es esa técnica o método particular aplicable al caso, ni cómo funciona. El perito balístico debió detallar los pasos o el procedimiento secuencial que siguió, y explicar el motivo por el cual se llevó a cabo cada uno de esos pasos.

Por ejemplo, en el caso citado, el perito debió explicar el porqué realizó la prueba de funcionalidad u operatividad del arma, así como por qué era necesario llevar a cabo la prueba de operatividad del cartucho. Además, debió justificar por qué no realizó las pruebas de disparo en seco, las pruebas de disparo en vivo, la restauración de números de serie, la prueba de medición de presión, velocidad y análisis de residuos de disparo.

El perito debe comunicar cuán fiable es la técnica, método o teoría que ha empleado en la pericia concreta. No se trata solo de indicar el método, la técnica o la teoría, ni de mencionar que se ha empleado la deducción, inducción, el método descriptivo o analítico, sino de explicar cómo funciona ese método o técnica y cuáles son sus limitaciones. Saber aplicar un método implica que, en situaciones concretas, los peritos tengan la capacidad de justificar las “inferencias concretas que tienen como punto de partida y llegada, situaciones de hechos particulares, en explicarla y, quizás también, en producirlas o impedir las”.³¹

Un experto genuino es aquel que, por su grado de formación, tiene la capacidad de justificar y explicitar³² cuáles son los datos disponibles que sustentan la fiabilidad del método o técnica, así como el margen de error de dicho método, técnica o teoría. También debe indicar si dicha técnica tiene o no aceptación general en la comunidad de expertos, tal como lo exigen los incisos 2 y 6, literales *a* y *b*, del *Practice Direction*, el informe NRC y los

²⁹ Enrique Echeburúa, *op. cit.*, p. 153.

³⁰ Informe pericial balística forense n.º 2359-2360/2022, de fecha 5.7.21, desarrollado por la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú.

³¹ Gilbert Rely, *El concepto de lo mental* (trad. Eduardo Rabossi) [*The concep of mind*], Barcelona: Paidós, 2005, p. 141.

³² Véase también Florencia Rimoldi, “Comunidad y contexto epistémico en la prueba pericial”, *Discusiones*, vol. 1, núm. 24, 2020, p. 79.

criterios *Daubert*. Esto se debe a que no todos están de acuerdo con los métodos o técnicas específicos empleados en el área de conocimiento del perito. Ningún método científico es perfecto, pero es necesario conocer su funcionamiento mediante comprobaciones empíricas adecuadas, ya que ninguna teoría, método o técnica ofrece certezas racionales o verdades infalibles.

De ahí que una adecuada descripción y explicitación tan llana de los métodos, técnicas o teorías no solo facilita a las partes examinar las premisas de las que parte el perito “para arribar a las conclusiones expuestas (parte descriptiva), así como los criterios científicos utilizados por este para valorar dichos datos (parte técnica)”,³³ sino que también permita realizar una adecuada contradicción o cuestionamiento sobre cómo el perito llevó a cabo la operación pericial.

8.4. La aplicación de los métodos, técnica o teorías a los hechos objeto de pericia

Una vez descrita o identificada la premisa mayor del razonamiento pericial, es decir, los métodos, técnicas o teorías aplicables a la pericia concreta, corresponde al perito identificar de la manera más concreta posible los datos o evidencias que estén relacionados con el objeto del peritaje (por ejemplo, fotografías, esquemas, muestras, planos, historiales clínicos, modelos, base de datos, etcétera).

La premisa menor del razonamiento pericial se construye a partir de una adecuada recopilación y análisis de los datos o informaciones particulares del caso. Este proceso implica seguir ciertos pasos individuales o

específicos, como la recolección de muestras, la observación directa, la comparación de propiedades, la probabilidad de coincidencias falsas y sensibilidad, así como la realización de pruebas y ensayos. Es necesario que el perito no solo explicita de manera detallada los pasos que siguió y en qué consistió cada uno de ellos, sino que también registre cada paso “con la mayor precisión posible”.³⁴ Por ejemplo, en el caso de una pericia acústica de homologación de voz, el perito deberá partir de la siguiente premisa menor:

- *Grabación A*: grabación obtenida durante una llamada telefónica sospechosa.
- *Grabación B*: grabación de voz obtenida en condiciones controladas.

Luego, para determinar la compatibilidad de la voz, el perito tendrá que recopilar los siguientes datos:

- i. el espectrograma de las grabaciones A y B,
- ii. los formantes para medir y comparar las frecuencias de ellos en ambas grabaciones,
- iii. la prosodia y entonación para analizar los patrones A y B. Estos datos son elementales para determinar las coincidencias de frecuencias de los formantes y en la prosodia.

Además, el perito debe detallar si existen o no las discrepancias significativas que sugieran que la voz pertenezca a otra persona, ya que “la necesidad de que el dictamen contenga las inferencias periciales radica en que

³³ Véase Enrique Echeburúa, *op. cit.*, p. 153.

³⁴ Sobre el particular, véase Carmen Vázquez, *Guía sobre... op. cit.*, p. 52.

el valor probatorio que se le atribuya será en función de ello”.³⁵

Por lo tanto, no es suficiente con que el perito o perita conozca las necesidades de la parte que ofrece la pericia o que realice meras explicaciones; es “necesario [que los argumentos de la pericia estén fundamentados] en la información empírica disponible, [incluso] sobre los tipos de errores más comunes presentes en las investigaciones periciales, incluidos en errores originados por exceso de confianza”,³⁶ todo ello a partir de los datos disponibles.

Si durante el control de admisibilidad de la prueba se advierte que esta información no está expresada de manera clara en el contenido del informe pericial, debe ser excluida por falta de información periférica o por la insuficiencia de apoyo empírico explícito en el informe.³⁷ Esto se debe a que la validez de los fundamentos requiere que haya más de un estudio empírico que demuestre su reproductibilidad.

8.5 Sobre las conclusiones

En el ámbito penal, el uso de la prueba científica no es ajena, sino, por el contrario, es frecuente acudir a las muestras biológicas, conocidas como “el estándar de oro”. Sin embargo, existen investigaciones empíricas que han demostrado, por ejemplo, que las muestras biológicas pueden degradarse o contaminarse³⁸ debido a una inadecuada custodia o al manejo incorrecto de los instrumentos utilizados en los laboratorios, como se evidenció en varios casos.³⁹

De hecho, por ello coincidimos con Gascón⁴⁰ cuando afirma que, para efectos de control de admisibilidad de la prueba científica, debemos considerar un elemento importante: las conclusiones de todos los informes periciales deben estar orientadas a explicar qué es lo que dicen los datos, y no orientadas a lo que debe creerse. Es decir, las conclusiones de los informes periciales no pueden estar dirigidas a proporcionar conclusiones categóricas, concluyentes o certezas racionales, ya que estas no son científicamente defendibles, tal como indica el *NRC Report*. Por lo tanto, las conclusiones deben limitarse a explicar o interpretar los datos obtenidos.

35 Fátima Alejandra Esparza López, “Deficiencias de un dictamen pericial en psicología. Análisis crítico a propósito de un caso en materia familiar”, *Quastio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 6, 2024, p. 11.

36 Florencia Rimoldi, *op. cit.*, p. 79.

37 Sobre el particular, véase Samuel Gros, “Expert Information and Expert Evidence: A Preliminary Taxonomy”, *Seton Hall Law Review*, vol. 34, núm. 141, 2003, p. 189.

38 Erin Murphe, *Inside the cell: The dark side of forensic DNA*, New York: Avalon Publishing Group, 2015.

39 Véase Peter Andrey, “Cuando el ADN señala al inocente”, *Investigación y Ciencia*, 2016, p. 10.

40 Marina Gascón Abellán, Juan José Lucena Molina y Joaquín González Rodríguez, “Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar”, *Diario La Ley*, núm. 7481, 2010, pp. 1-8.

Si durante el control de admisibilidad científica de las pruebas periciales se advierte que las conclusiones de los informes periciales están redactadas en términos categóricos, concluyentes, o probabilísticos sobre las hipótesis planteadas por los sujetos procesales, o sobre los márgenes de error, entonces no hay otra opción que excluir la prueba pericial por ser tendenciosa. Este es el mismo criterio,⁴¹ ya que dichas conclusiones podrían inclinar la balanza a favor de la absolución o condena.

Por lo tanto, no corresponde al perito justificar lo que debe creerse, ni tampoco dar por probada una hipótesis, ya que esto corresponde al juez de los hechos, quien deberá determinar si un hecho está probado o no con base en los elementos de juicio disponibles y practicados en el proceso. Por eso es muy importante que el juez de control realice un control preliminar sobre la calidad epistémica del informe pericial, pero no de la concreta calidad, sino sobre la posibilidad de conocer la calidad de la misma.⁴²

9. Consideraciones finales

Confiar ciegamente en las bondades de la ciencia, sin un mínimo de escepticismo, nos conduce a errores judiciales; es decir, podríamos terminar condenando a un inocente o absolver a un culpable genuino. El hecho de que el ADN tenga base científica sólida no

implica que todos los métodos, técnicas o teorías tengan el mismo nivel de solidez. Por ello, no se puede seguir considerando a las pruebas periciales como la “prueba de oro”, deben ponderarse como cualquier otra prueba circunstancial, sujeta a un análisis crítico y contrastación; de lo contrario, los errores judiciales estarán garantizados.

La ciencia forense, aunque poderosa, no es fiable del todo. Por tanto, el juez de garantía, durante el control de admisibilidad de la prueba científica, debe poner un mayor esfuerzo, centrándose en examinar si cumple o no con los requisitos formales establecidos. Aunque debemos advertir que el hecho de realizar dicho control en modo absoluto significa otorgar un valor probatorio, ya que esa valoración corresponde de manera exclusiva al juzgador de los hechos.

Durante el control de admisibilidad, solo se deben exigir datos o informaciones suficientes que den la posibilidad de conocer la calidad científica de la prueba pericial, sin que ello implique una anticipación de su valoración probatoria. De ahí que, la implementación de criterios objetivos, la certificación de peritos y el control riguroso de su admisión contribuirá a la mejora de la calidad de la justicia penal y a evitar decisiones basadas en pruebas poco fiables.

10. Referencias

- ANDERSON, Terence, David SCHUM, y William TWINING, *Análisis de la prueba* (trad. Flavia Carbonell, y Claudio Agüero) [*Analysis Of Evidence*], Madrid: Marcial Pons, 2015.
- ANDREY, Peter, “Cuando el ADN señala al inocente”, *Investigación y Ciencia*, 2016, pp. 10-11. <https://cedetrabajo.org/cuando-el-adn-senala-al-inocente/>

⁴¹ Florencia Rimoldi, *op. cit.*, p. 83.

⁴² A esto Herdy lo denomina como la estrategia periférica que consiste en dar razones a favor de “la persona que nos comunica la información o [...] la información misma”. *op. cit.*, p. 98.

- BORDES SOLANAS, Montserrat, *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*, Madrid: Cátedra, 2011.
- CELIS MENDOZA AYMA, Francisco, *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo*, Lima: Idemsa, 2005.
- Corte Suprema de Australia, «Formulario 44A: Código de conducta de los testigos expertos», Capítulo 1, modificación del Código de Testigos Expertos, núm. 52 de 2016 - Reg 6, 2016, Australia. https://classic.austlii.edu.au/au/legis/vic/num_reg/sciewcar2016n5202016672/s6.html
- DEL RÍO LABERTHE, Gonzalo, *La etapa intermedia en el Proceso Penal Acusatorio*, Lima: Ara Editores, 2017.
- DUCE, Mauricio, *La prueba pericial. Aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios*, Buenos Aires: Didot, 2015.
- ECHEBURÚA, Enrique, José Manuel MUÑOZ, Ismael LOINAZ, “La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro”, *International Journal of Clinical and Health Psychology*, vol. II, núm. 1, 2011, pp. 141-159.
- ESPARZA LÓPEZ, Fátima Alejandra, “Deficiencias de un dictamen pericial en psicología. Análisis crítico a propósito de un caso en materia familiar”, *Quastio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 6, 2024, pp. 1-14.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, Juan José LUCENA MOLINA y Joaquín GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, “Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar”, *Diario La Ley*, núm. 7481, 2010, pp. 1-8.
- GÓMEZ FRÖDE, Carina, “La prueba pericial médica: criterios para su emisión, administración y valoración”, *Conamed, Derecho Sanitario*, vol. 21, núm. 2, 2016, pp. 88-98.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Qué es el ‘fundherentismo’ y qué puede aportar en la teoría de la prueba en el derecho”, coord. Haack Susan, *Premio Internacional de Cultura Jurídica 2020*, Madrid: Marcial Pons, 2020.
- GROSS, Samuel y Jennifer MNOOKIN, “Expert Information and Expert Evidence: A Preliminary Taxonomy”, *Seton Hall Law Review*, vol. 34 núm. 141, 2003, pp. 141-189.
- HAACK, Susan, *Evidencia e investigación: hacia la reconstrucción en epistemología*, Madrid: Thecnos, 1993.
- HERDY, Rachel, “Ni educación, ni deferencia ciega. Hacia un modelo crítico para la valoración de la prueba pericial”, *Discusiones*, vol. 24, núm. 1, 2020, pp. 87-112. <https://revistas.uns.edu.ar/disc/issue/view/186>
- JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.
- LAUDAN, Larry, *Error y proceso penal*, (trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera) [*Truth, error and criminal law*], Madrid: Marcial Pons, 2013.
- MARTÍNEZ, Sergio F. y SUÁREZ DÍAZ, Edna, *Ciencia y tecnología en sociedad. El cambio tecnológico con miras a una sociedad democrática*, México: Limusa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- Ministry Justice. “Practice Direction 35 -Experts and Assessors”. Reino Unido. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure/rules/civil/rules/part35/pd-part35#2.1>
- MURPHE, Erin, *Inside the cell: The dark side of forensic DNA*, New York: Avalon Publishing Group, 2015.

- POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico* (trad. Néstor Míguez) [*Conjectures and refutations. The Growth of Scientific Knowledge*], Barcelona: Paidós Ibérica, 1972.
- RELY, Gilbert, *El concepto de lo mental* (trad. Eduardo Rabossi) [*The concep of mind*], Barcelona: Paidós, 2005.
- RIMOLDI, Florencia, “Comunidad y contexto epistémico en la prueba pericial”, *Discusiones*, vol. 1, núm. 24, 2020, pp. 61-85.
- SCHUM, David, *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico* (trad. Orión Vargas) [*The evidential foundations of probabilistic reasoning*], Medellín: Orión Vargas, 2016.
- SCOTT, Teresa, Antonio MANZANERO, José M. MUÑOZ y Günter KÖHNKEN, “Admisibilidad en contextos forenses de indicadores clínicos para la detección del abuso sexual infantil”, *Anuario de psicología jurídica*, núm. 24, 2014, pp. 57-63.
- TARUFFO, Michele, “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, *Di diritto processuale*, vol XLV, núm. 2, 1990, pp. 420-447.
- TARUFFO, Michel, *La prueba* (trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán), Madrid: Marcial Pons, 2008.
- VÁZQUEZ RAMOS, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid: Marcial Pons, 2015.
- VÁZQUEZ, Carmen, “Entrevista a Susan Haack”. *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, 2015, pp. 573-586.
- VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso*, Escuela Federal de Formación Judicial y Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023.
- VÁZQUEZ ROJAS, Carmen, “Presentación de la traducción al castellano del informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales”, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio/International Journal on Evidential Legal Reasoning*, núm. 3, 2022, pp. 273-478. <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22743/26429>
- VICKERS, A. Leah, “Daubert, Critique and Interpretation: What Empirical Studies Tell Us About the Application of Daubert”, *University of San Francisco Law Review*, núm. 40, 2005, pp. 109-148.

2

**El agente jurídico como
diferenciador funcional:**
el papel del operador del derecho
en la preservación estructural de los
sistemas sociales en la era digital

*The Legal Agent as a Functional Differentiator:
The Role of the Legal Operator in the Structural
Preservation of Social Systems in the Digital Age*

• **Adriano de Salles Oliveira Barcha** •

Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Huelva,
en régimen de cotutela internacional. Doctor en Derecho
Político y Económico por la Universidad Presbiteriana Mackenzie.
Magíster en Derecho en la Sociedad de la Información, por el
Centro Universitario de las Facultades Metropolitanas Unidas.
Profesor de Ciencia Política y abogado especializado en las
intersecciones entre tecnología, derecho y sociedad.

El agente jurídico como diferenciador funcional:
el papel del operador del derecho en la preservación estructural
de los sistemas sociales en la era digital

*The Legal Agent as a Functional Differentiator:
The Role of the Legal Operator in the Structural Preservation of Social
Systems in the Digital Age*

• Adriano de Salles Oliveira Barcha • Universidad de Huelva •

Fecha de recepción
12-03-2025

Fecha de aceptación
06-04-2025

Resumen

Este artículo analiza desde la perspectiva de la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann, el impacto de las redes sociales y la economía digital en los sistemas psíquicos, económicos, políticos y jurídicos. También examina los efectos de las redes sociales en la salud mental, la polarización y la formación de identidades; explora la explotación de datos por parte del sistema económico; investiga la instrumentalización de las redes sociales por el sistema político; y aborda el papel del sistema jurídico y los operadores del derecho en la estabilización normativa. El texto enfatiza la necesidad de adaptar marcos normativos para enfrentar los desafíos sistémicos planteados por la revolución digital.

Palabras clave

Teoría de sistemas, tecnofeudalismo, gobernanza algorítmica, expectativas normativas, marcos normativos.

Abstract

This article analyzes, from the perspective of Niklas Luhmann's Systems Theory, the impact of social media and the digital economy on psychic, economic, political, and legal systems. It examines the effects of social media on mental health, polarization, and identity formation; explores the exploitation of data by the economic system; investigates the instrumentalization of social media by the political system; and addresses the role of the legal system and legal actors in normative stabilization. The text emphasizes the need to adapt regulatory frameworks to address the systemic challenges posed by the digital revolution.

Keywords

Systems theory, techno-feudalism, algorithmic governance, normative expectations, regulatory frameworks.

Sumario

1. / Introducción. / 2. Sistemas psíquicos bajo asedio algorítmico: la colonización de la conciencia en la era digital. / 3. Redes sociales, sistema económico y la explotación de datos. / 4. El uso de datos por el sistema político y su influencia en las elecciones globales. / 5. El sistema jurídico como guardián de la democracia y el papel del operador del derecho. / 6. Conclusión. / 7. Referencias.

1. Introducción

La teoría de sistemas desarrollada por Niklas Luhmann incorpora los conceptos empleados por los científicos chilenos Humberto R. Maturana y Francisco J. Varela para el análisis biológico, transformándolos en una teoría social. Originalmente aplicada a la observación de entornos celulares,¹ Luhmann propone una reformulación de la teoría chilena a partir del concepto de sistemas cerrados (*autopoieticos*), para adaptarla al ámbito sociológico. Esta reformulación clasifica los sistemas en cuatro categorías: no vivos (máquinas), vivos (organismos), sociales y psíquicos.² En el presente artículo, nos centraremos en los dos últimos tipos y en sus interacciones recíprocas.

Según la definición de Luhmann, cualquier sistema puede caracterizarse como complejo cuando contiene más posibilidades que capacidad para realizarlas en un momento determinado. Las posibilidades son tan numerosas que el sistema se ve obliga-

do a seleccionar y ejecutar solo una parte de ellas. Un sistema se define como complejo precisamente cuando no puede responder simultáneamente a todas las posibles relaciones entre sus elementos. Estas relaciones potenciales entre los elementos ocurren de manera gradual y no simultánea.

Cada relación establecida entre los elementos genera, a su vez, nuevas posibilidades relacionales, lo que incrementa progresivamente la complejidad del sistema. No obstante, por más que un sistema aumente su complejidad, nunca superará la complejidad del entorno, ya que este último contiene siempre más elementos que el sistema mismo. Ambos se encuentran en una relación de mutua contención.

Desde otra perspectiva, un sistema puede autodeterminar sus propios límites, precisamente porque se diferencia del entorno al definir sus posibilidades internas. Sin embargo, cabe destacar que, cuanto más complejo se vuelve el entorno, mayor es la complejidad que desarrollan los sistemas que en él operan.³

1 Humberto Maturana y Francisco Varela, *El Árbol del Conocimiento: Las Bases Biológicas del Entendimiento Humano*. Santiago: Editorial Universitaria, 1984.

2 Niklas Luhmann, *Sistemas Sociais: Esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 17.

3 José Manuel Santos, *O Pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005, pp. 43-48.

En la actualidad, la denominada *era digital* ha transformado fundamentalmente la operación de los sistemas sociales y psíquicos, al redefinir la dinámica entre los subsistemas económico, político y jurídico, así como la propia comunicación social en su conjunto. Las redes sociales emergieron como agentes centrales; su uso no solo modela los flujos informativos, sino también influye en la formación de opiniones, la toma de decisiones y la estabilidad normativa de la sociedad, lo que altera radicalmente la forma en que las comunicaciones sistémicas son presentadas por los sistemas hacia su entorno.

Luhmann, en su obra *Sistemas Sociales*, postula que los sistemas sociales se constituyen mediante la comunicación y no a través de los individuos, pues estos últimos pertenecen al entorno de los sistemas sociales y no al sistema mismo.⁴ Esta perspectiva resulta esencial para comprender cómo las redes sociales impactan los sistemas psíquicos y sociales, particularmente porque las plataformas digitales explotan datos con fines económicos y políticos. El presente artículo tiene por objeto analizar cómo estas transformaciones afectan a los sistemas psíquicos —especialmente aquellos de los operadores jurídicos— y examinar el rol del sistema jurídico como estabilizador de las expectativas normativas sociales y garantes de lo que entendemos por democracia.

Este estudio se estructura en tres ejes analíticos:

- Primero, se examina el impacto de las redes sociales sobre los sistemas psíquicos, a través de un análisis sobre cómo

estas plataformas moldean comportamientos y modifican normas sociales.

- Segundo, se explora la apropiación de estos mecanismos por parte de los sistemas económico y político, fenómeno que impulsa realidades como el tecnofeudalismo y el auge de gobiernos ultranacionalistas.
- Tercero, se discute el papel del operador jurídico como posible principal vía cognitiva del sistema jurídico, responsable de integrar e interpretar las influencias externas en la formulación normativa.

2. Sistemas psíquicos bajo asedio algorítmico: la colonización de la conciencia en la era digital

La teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann ofrece un marco conceptual sólido para comprender el impacto de las redes sociales —en tanto fenómeno digital contemporáneo— sobre los sistemas psíquicos y sociales. Este enfoque es viable porque, conforme a Luhmann, ambos tipos de sistemas están vinculados por una lógica común: la búsqueda y preservación de su propio *sentido*.⁵ Los sistemas psíquicos se constituyen a partir de lo que Luhmann denomina *conciencia unitaria*, de carácter autorreferencial, mientras que los sistemas sociales se estructuran en torno a un *nexo de comunicación unitaria*, igualmente autorreferencial. Como señala el autor:

Los sistemas psíquicos y sociales surgieron en el camino de la coevolución. Un tipo de sistema es entorno imprescindible del otro.

⁴ Luhmann, *Sistemas Sociales*..., op. cit., p. 45.

⁵ *Ibidem*, p. 80.

Las razones de esa necesidad radican en la evolución misma que posibilita ese tipo de sistemas. Las personas no pueden permanecer ni existir sin los sistemas sociales, y viceversa. La coevolución condujo hacia ese logro común que es utilizado por los sistemas tanto psíquicos como sociales. Ninguno de ellos puede prescindir de ese logro común, y para ambos es obligatorio como una forma indispensable e ineludible de complejidad y autorreferencia. A este logro evolutivo le llamamos *sentido*.⁶

Luhmann conceptualiza ambos sistemas como entidades autopoiéticas, es decir, sistemas capaces de autorreproducirse: los sociales, mediante la comunicación, y los psíquicos, a través de la conciencia. En palabras del propio teórico: “la comunicación constituye la operación básica de los sistemas sociales, mientras que la conciencia es la operación fundamental de los sistemas psíquicos”.⁷ Esta distinción teórica resulta crucial para analizar cómo las redes sociales, al operar con tal contundencia en las formas contemporáneas de comunicación e interacción social, transforman tanto la dinámica social como la psíquica. Cabe señalar que, desde un enfoque teórico, las redes sociales no representan un fenómeno novedoso en sí mismo. No obstante, la proporción aritméti-

ca de usuarios y contenidos ha incrementado exponencialmente su relevancia social.

En la actualidad, nos enfrentamos al fenómeno denominado *hiperconectividad*, término acuñado originalmente para describir el estado de disponibilidad permanente de los individuos para comunicarse. Este contexto genera: un flujo informativo continuo; y una producción masiva de datos. Se establece así una relación directamente proporcional: a mayor cantidad de dispositivos conectados, mayor volumen de datos e información generada.⁸

Esta hiperconectividad proporcionada por las redes sociales tiene un impacto profundo en la forma como los individuos procesan informaciones y construyen sus identidades. Según Luhmann, la comunicación social existe para reducir la complejidad del mundo (ambiente) al seleccionar informaciones específicas (entre todas las posibilidades posibles),⁹ un proceso que se intensifica con el advenimiento de las plataformas digitales, donde, en cuestión de segundos, un sistema psíquico es bombardeado por virtualmente infinitas informaciones y posibilidades.

Sin embargo, esta selectividad no es neutra: ni los sistemas psíquicos ni las redes sociales toman decisiones basadas en el azar. Los sistemas psíquicos buscan, de manera simple, con base en el binomio sistema/entorno, diferenciarse del ambiente al tiempo que reducen la complejidad, retroalimentándose sobre su noción de sentido.¹⁰ Mientras

6 Niklas Luhmann, *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*, Silvia Pappe y Brunhilde Erker (trads.) y Javier Torres Nafarrete (coord.). Barcelona: Anthropos, Universidad Iberoamericana y Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 80.

7 Luhmann, *Sistemas Sociais...*, *op. cit.*, p. 45.

8 Eduardo Magrani, *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: fgv, 2018, p. 192.

9 Niklas Luhmann, *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2006, p. XI.

10 Luhmann, *Sistemas Sociales...*, *op. cit.*, p. 20.

que los algoritmos que controlan las redes sociales y determinan las informaciones que serán presentadas o no para cada usuario, están diseñados para maximizar el *engagement*, lo que genera burbujas informacionales que refuerzan supuestas creencias preexistentes. Este fenómeno, conocido como “filtro burbuja”, fue ampliamente discutido por Eli Pariser, quien señala que:

En la burbuja de filtros, hay menos espacio para los encuentros casuales que aportan conocimiento y aprendizaje. La creatividad suele surgir de la colisión de ideas de diferentes disciplinas y culturas. Si combinamos conocimientos de cocina y física, obtenemos la sartén antiadherente y la placa de inducción. Pero si Amazon cree que me interesan los libros de cocina, es poco probable que me muestre libros de metalurgia. No es solo la casualidad lo que está en riesgo. Por definición, un mundo construido a partir de lo familiar es un mundo en el que no hay nada que aprender. Si la personalización es demasiado acentuada, podría impedirnos entrar en contacto con las experiencias e ideas alucinantes y rompedoras de prejuicios que cambian nuestra forma de pensar sobre el mundo y sobre nosotros mismos.¹¹

En otras palabras, existe una idea artificial de que los sistemas psíquicos tienen acceso a todo el conocimiento adquirido y creado por la humanidad al alcance de sus dedos, cuando en realidad se están aislando cada vez

más en informaciones limitadas y determinadas que les son repetidamente representadas.

Este tipo de aislamiento dirigido fomenta otras formas de segregación que internet podría resolver, como las diferencias culturales entre clases sociales distintas, pero no es el caso. Debido a que las informaciones presentadas son extremadamente segmentadas, la burbuja sociocultural solo aumenta, lo que crea más diferencias que similitudes entre personas de una misma cultura y región, pero con distintos niveles adquisitivos.

El autor Tarcízio Roberto da Silva analiza cómo las redes sociales pueden amplificar estos prejuicios, racismos y polarizaciones. Observa que la comunicación digital, mientras conecta, también segrega, creando burbujas virtuales donde la alteridad queda excluida.¹² Esta dinámica resulta particularmente preocupante para los sistemas psíquicos, pues la exposición constante a contenidos homogéneos puede llevar a la cristalización de visiones del mundo rígidas y a la disminución de la capacidad de empatía y diálogo.

Por otra parte, el filósofo italiano Franco “Bifo” Berardi explora cómo la aceleración digital afecta la subjetividad humana. Argumenta que la velocidad de la información en internet y redes sociales supera la capacidad humana de procesamiento emocional, lo que genera una sensación de agotamiento y ansiedad. Berardi acuñó el término *semiocapitalismo* para describir una economía basada en la producción y circulación de signos, donde la atención humana se convierte en la principal mercancía. En este contexto, las redes

11 Eli Pariser, *The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think*. Nueva York: The Penguin Press, 2011, p. 13.

12 Tarcízio Roberto Da Silva. *Racismo algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais*, São Paulo: Sesc São Paulo, 2022.

sociales no solo moldean comportamientos, sino que también explotan la vulnerabilidad psíquica de los usuarios.¹³ Mientras el capitalismo se adapta a su nuevo y preciado *commodity* —la información—, los consumidores terminan sufriendo las consecuencias de esta explotación.

La salud mental es uno de los ámbitos más afectados por esta dinámica. Estudios recientes demuestran que “el aumento del uso de medios digitales se correlaciona con el crecimiento de trastornos depresivos en jóvenes”.¹⁴ En la misma línea preocupante, la Organización Mundial de la Salud (OMS) alerta que “el uso compulsivo de redes sociales puede llevar al aumento de ansiedad, depresión y trastornos del sueño”.¹⁵

Byung-Chul Han amplía esta discusión, al argumentar que “la libertad y la comunicación ilimitadas se han transformado en monitoreo y control total. Cada vez más las redes sociales se asemejan a panópticos digitales que observan y explotan implacablemente lo social”.¹⁶ Han sugiere que las redes sociales no solo moldean comportamientos, sino que internalizan mecanismos de control, lo cual transforma la subjetividad humana. De he-

cho, toda la idea del panóptico digital resulta más eficaz e impactante que la *telepantalla* del clásico 1984, de George Orwell.

Un ejemplo emblemático de los peligros de la distopía que habitamos es el documental *The Social Dilemma*, el cual expone cómo los algoritmos de las redes sociales están diseñados para maximizar el *engagement* de los usuarios, lo que genera impactos psicológicos perniciosos. Resulta paradójico que los avances tecnológicos más sofisticados desarrollados por la humanidad sean utilizados para generar adicción a las aplicaciones de redes sociales. La psicóloga estadounidense Jean Twenge, en su obra *iGen: Por qué los niños hiperconectados de hoy crecen menos rebeldes, más tolerantes, menos felices y completamente despreparados para la vida adulta*, documenta cómo la generación que creció con smartphones experimenta niveles sin precedentes de ansiedad y soledad, atribuibles a la exposición constante a redes sociales.¹⁷ Esta generación, denominada “iGen” por Twenge, enfrenta desafíos únicos por la dificultad para establecer relaciones interpersonales profundas en un mundo dominado por interacciones superficiales mediadas por pantallas, *likes* y visualizaciones virtuales.

La filósofa española Marina Garcés profundiza esta reflexión, al analizar cómo la digitalización afecta la capacidad crítica de los individuos. Como ella misma advierte:

¹³ Franco Berardi, *Fenomenología del fin*, Buenos Aires: Caja Negra, 2017.

¹⁴ Jean Marie Twenge *et al.*, “Increases in Depressive Symptoms, Suicide-Related Outcomes, and Suicide Rates Among U.S. Adolescents After 2010 and Links to Increased New Media Screen Time”. *Clinical Psychological Science*, no. 1, 6 (2018), pp. 3-17.

¹⁵ Organización Mundial de la Salud (OMS), *Mental Health and Digital Technologies*, Ginebra: OMS, 2021.

¹⁶ Byung-Chul Han, *Psicopolítica*, Lisboa: Relógio D'Água, 2017, p. 19.

¹⁷ Jean Marie Twenge. *iGen: Why Today's Super-Connected Kids Are Growing Up Less Rebellious, More Tolerant, Less Happy —and Completely Unprepared for Adulthood*. Nueva York: Atria Books, 2019.

[...] es obvio que el aumento exponencial de información y de conocimiento provoca que una gran parte de este saber quede sin atender y que, por lo tanto, sea la atención misma y no la información lo que se convierte en un bien escaso y valioso.¹⁸

Esta idea resuena con la noción luhmaniana de que los sistemas siempre estarán expuestos a más información de la que pueden procesar. Sin embargo, aunque seleccione información específica y descarte miles de otras posibilidades, deben considerarse dos aspectos fundamentales:

- I. El incremento de la complejidad ambiental obliga inexorablemente a los sistemas a aumentar su propia complejidad interna, pues para autopreservarse deben equiparar el grado de complejidad de su entorno, y
- II. Los sistemas psíquicos, desde una perspectiva evolutiva, podrían no estar preparados para asimilar un crecimiento exponencial de complejidad. ¿Acaso no estaría aquí el origen de las llamadas patologías mentales?

Como advierte Marina Garcés, el aumento exponencial de información frente a una capacidad atencional limitada plantea dos problemas críticos: aunque el ambiente incremente su complejidad, los sistemas psíquicos —y sociales, como veremos— se ven forzados a desarrollar nuevos mecanismos reductores de complejidad. En sus propias palabras:

Esta es la conclusión en términos de economía de la atención, pero junto a ella necesitamos desarrollar una psicología y una política de la atención. La primera tiene que ver con las patologías que la misma saturación de la atención produce: ansiedad, desorientación, depresión. La segunda, con las consecuencias y los desafíos políticos que esta misma atención saturada genera.¹⁹

Por tanto, podríamos hipotetizar que la ansiedad, la desorientación y la depresión constituyen mecanismos psíquicos de reducción de complejidad, respuestas naturales ante la sobrecarga informativa exponencial.

El filósofo italiano Maurizio Ferraris analiza cómo las redes sociales transforman la memoria y la identidad. Argumenta que existe una subordinación social impuesta a los sistemas psíquicos (personas) que opera en dos niveles: no solo en la elección, o no, de utilizar redes sociales y el consiguiente bombardeo masivo de información, sino también en la obligación de mantenerse permanentemente disponibles para los demás y para los flujos informativos no solicitados. Como él mismo expresa:

Esto suscita un constante sentido de inadaptación y frustración, es decir, lo diametralmente opuesto a la condición de plenitud y realización que acompaña a la culminación de un proyecto o un objeto. Nos sentimos permanentemente en culpa y, a largo plazo, esta situación se vuelve estructural.²⁰

¹⁸ Marina Garcés, *Nueva ilustración radical*, Barcelona: Anagrama, 2017, p. 33.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Maurizio Ferraris, *Movilización total* (trad. Miguel Alonso Ortega), Barcelona: Herder, 2017, p. 14.

Esta “disponibilidad total” de la vida privada tiene implicaciones profundas para los sistemas psíquicos, ya que los individuos se ven forzados a negociar su identidad en un espacio público de manera permanente. El constante *performance* del yo en el ámbito digital redefine los límites tradicionales entre lo privado y lo público, lo que genera una tensión estructural entre la autenticidad subjetiva y las exigencias de la conectividad constante. Para Ferraris, esta dinámica transforma la naturaleza misma de la subjetividad y termina por convertir la identidad en un proyecto siempre inacabado y sometido a evaluación continua.

La interacción entre sistemas psíquicos y redes sociales también tiene implicaciones para la formación de las propias normas sociales. Luhmann observa que “la socialización se lleva a cabo al convivir en un contexto social, sin ninguna exigencia particular de atención”,²¹ es decir, antes de las redes sociales, teóricamente la atención no era una variable limitante de observación y convivencia social, sino que apenas era una herramienta de observación y participación social: “[...] la posibilidad de leer el comportamiento de otros no sólo como un hecho, sino como información acerca de peligros, decepciones, coincidencias de todo tipo, la realización de las normas sociales, lo que es adecuado en cada situación”.²²

En un contexto digital, sin embargo, este análisis de eficacia de las normas sociales acaba siendo mediado también por algoritmos que privilegian ciertos tipos de

comportamiento y desincentivan otros. Por ejemplo, la cultura del *like* y del *share* crea incentivos para la conformidad, mientras que la disidencia es frecuentemente marginalizada, esto propicia toda una nueva dinámica de normas sociales.

En este sentido, la filósofa española Remedios Zafra explora cómo la cultura digital afecta la creatividad y la autonomía. Ella argumenta que existe una presión por visibilidad y reconocimiento en las redes sociales que puede llevar a la autocensura y a la pérdida de autenticidad, así como a la merma de la creatividad cultural. Esto se debe a la nueva realidad de las redes sociales: jóvenes conectados que crean y casi siempre compiten, mientras trabajan gratuitamente. Las fotos, videos, músicas, escritos —en definitiva, la información compartida en las redes— llega con un peso de innovación, pero casi siempre limitada de lo que el algoritmo ha predeterminado como socialmente aceptable, y no al revés.

Es decir, en un mundo donde la validación social se mide mediante métricas cuantificables, los individuos pueden perder la capacidad de actuar conforme a sus propios valores y deseos. El riesgo aquí para la sociedad en su conjunto es la pérdida de algo valioso: la libertad que convierte la creatividad humana en algo transformador.²³

Si esto lo analizamos desde la perspectiva luhmanniana, también representaría una forma de reducción de complejidad externa. Sin embargo, en este caso, paradójicamente, para disminuir la complejidad externa, los sistemas estarían reduciendo su propia complejidad interna.

²¹ Luhmann, *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*. Bogotá: Anthropos, 1998, p. 196.

²² *Idem*.

²³ Remedios Zafra, *El entusiasmo*, Barcelona: Anagrama, 2017.

Para finalizar este apartado, resulta pertinente recuperar las reflexiones del escritor italiano, Alessandro Baricco, en su ensayo *The Game*. A diferencia de los demás autores analizados hasta ahora, Baricco no considera que seamos un producto de las redes sociales, sino que estas son el resultado de años de evolución tecnológica combinada con ciertas carencias sociales. Es decir, supuestamente las redes sociales y el mundo conectado son fruto del deseo de generaciones anteriores. Esta realidad es actual, brutal e imparable.

En otras palabras, al analizar cómo la digitalización transforma la experiencia humana, Baricco argumenta que las redes sociales han creado una nueva forma de existencia, donde la realidad está constantemente mediada por interfaces digitales. Sin embargo, sugiere que esta mediación altera no solo cómo interactuamos con los demás, sino también cómo nos relacionamos con nosotros mismos, de manera que crea una identidad fragmentada y performática.

Aunque las redes sociales sean un espejo de deseos sociales y no al revés, seguimos enfrentándonos a una sociedad increíblemente competitiva —de ahí el título de su obra—, donde falta una dosis de *humanidad* en este juego. La fe del autor está puesta en la generación que ya nació *digitalizada*, que creció sin necesidad de manuales de instrucción y que, de manera instintiva, sabe cómo utilizar *smartphones* y redes sociales.²⁴

En resumen, las redes sociales tienen un impacto profundo y multifacético en los sistemas psíquicos, porque moldean los comportamientos, normas e identidades. La teoría de

Luhmann proporciona una base sólida para comprender estas transformaciones, pero es necesario complementarla con los aportes de otros autores para captar la complejidad de este fenómeno social actual. Ya sea desde un análisis pesimista u optimista —que considere que las redes nos moldean o que los sistemas psíquicos ya anhelaban estas herramientas de conexión y comunicación—, lo cierto es que la sociedad del siglo XXI está absolutamente interconectada a través de interacciones digitales. Esta interacción entre sistemas psíquicos y redes sociales no solo redefine la comunicación, sino que también desafía la autonomía y la salud de los sistemas psíquicos, lo que crea nuevos dilemas éticos y sociales que exigen una respuesta urgente y reflexiva. Antes de proponer tal respuesta, conviene analizar esta dinámica en relación con los sistemas sociales de la economía, la política y el derecho.

3. Redes sociales, sistema económico y la explotación de datos

El sistema económico, según la teoría de sistemas de Luhmann, opera mediante el código binario *pago/no pago* (o alternativamente *lucro/no lucro*).²⁵ Como todo sistema social, su función consiste en analizar las comunicaciones de otros sistemas y la complejidad del entorno, mientras se diferencia y reduce la complejidad externa. A diferencia de los sistemas psíquicos, los sistemas sociales tienen una razón de ser específica: en el caso del sistema económico, su propósito es gestionar

²⁴ Alessandro Baricco, *The Game*. Turim: Einaudi, 2018.

²⁵ Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

el problema de la escasez en la sociedad. De hecho, si no existiera escasez, no habría necesidad de un sistema económico.²⁶

En el contexto de la era de la sociedad de la información, esta dinámica de escasez se intensifica, ya que surgen nuevos *commodities* y formas de limitación que deben ser abordadas socialmente por el sistema correspondiente. Nos referimos, concretamente, a la explotación de datos personales, que se ha convertido en el principal producto de las empresas tecnológicas. Luhmann señala que el sistema económico, como todos los sistemas sociales, es operacionalmente cerrado, pero cognitivamente abierto a su entorno. Esta característica le permite adaptarse a nuevas formas de producción, consumo y normas sociales, mientras utiliza el dinero como su medio de comunicación simbólicamente generalizado.²⁷

La actual transformación digital ha introducido una nueva lógica económica: los datos personales que los usuarios exponen, comparten o, incluso, proporcionan voluntariamente en internet, son procesados y monetizados a escala global. La escritora estadounidense Shoshana Zuboff, en su libro *The Age of Surveillance Capitalism*, describe cómo la evolución del capitalismo siempre ha implicado la comercialización de nuevos productos —lo que coincide con la idea luhmanniana de escasez—, pero en la era digital, el cenit del capitalismo radica en la comercialización de la vida privada. Aspectos cotidianos, rutinarios y aparentemente mundanos han pasado a formar parte del mercado digi-

tal y, por ende, del sistema económico. Más aún: una vez que la vida cotidiana se integra al sistema económico, también lo hace la especulación sobre el futuro. No solo se comercializa la vida diaria, sino también el sueño de una vida mejor, el espectáculo de una vida indeseada y, sobre todo, la especulación sobre el futuro de las normas sociales. Zuboff argumenta que las grandes empresas tecnológicas, como Google y Facebook, han creado un modelo de negocio basado en la vigilancia y la manipulación del comportamiento humano, con la que generan ganancias exorbitantes a partir de la explotación de datos personales. Según ella, este modelo representa una amenaza para la autonomía individual y la democracia, ya que convierte a los ciudadanos y sus comportamientos en productos.²⁸

El científico, escritor y filósofo estadounidense, Jaron Zepel Lanier, en su libro *Ten Arguments For Deleting Your Social Media Accounts Right Now*, explica que el modelo de negocio de las principales empresas tecnológicas actuales —como Facebook, X (antes Twitter) y Google— se basa en su capacidad para persuadir y alterar el comportamiento de los usuarios. En otras palabras, las personas (sistemas psíquicos) no son las consumidoras de los productos de estas empresas —de hecho, ellas son básicamente el producto—, sino que los verdaderos clientes son las empresas que pagan por publicidad dirigida a esos usuarios.

Sin embargo, debido a que estas plataformas están diseñadas con una eficacia tal que generan adicción en los sistemas psíquicos, las críticas a las empresas tecnológicas o

²⁶ Luhmann, *La economía de la sociedad*, México: Herder, 2008.

²⁷ Luhmann, *Sistemas Sociales...*, op. cit., pp. 410-411.

²⁸ Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, Nueva York: PublicAffairs, 2019.

los señalamientos sobre los perjuicios del uso de redes sociales suelen ser rechazados por los mismos usuarios. Estos están constantemente manipulados por los algoritmos para creer que, cuanto mayor es el poder y la penetración de estas empresas, más libre albedrío existe en el mundo, más libre es el mercado y mejor será la sociedad, cuando en realidad ocurre exactamente lo contrario.²⁹

Un nuevo término surge al analizar las redes sociales y el sistema económico: el preocupante fenómeno del *tecnofeudalismo*. Yanis Varoufakis, economista y exministro de finanzas de Grecia, en su libro *Technofeudalism: What Killed Capitalism*, plantea la teoría de que no estamos transitando del capitalismo hacia algo mejor, sino deslizándonos hacia un sistema:

[...] en el que las empresas tecnológicas funcionan como señores feudales modernos. Varoufakis sostiene que desde la crisis financiera del 2008, nuestro sistema económico ha cambiado fundamentalmente. La nube, el *big data* y las plataformas digitales se han convertido en la “tierra” de esta nueva era, controlada por gigantes tecnológicos como Google, Amazon y Meta.³⁰

El modelo *tecnofeudalista* implica establecer una posición de monopolio y utilizar

técnicas sofisticadas de extracción de datos para mantenerla. Aunque el monopolio en sí mismo no es una novedad en el capitalismo, lo que hace que nuestra realidad se asemeje más al feudalismo es la imposibilidad de competencia y el trabajo no remunerado. Según Varoufakis, estas empresas “influyen en nuestros comportamientos y elecciones de maneras que no son tan voluntarias” como creemos. Al igual que los señores feudales medievales controlaban la tierra y el trabajo, las empresas tecnológicas ejercen un poder inmenso “sobre los datos y el acceso a los espacios digitales”. Esta consolidación de poder, respaldada por bancos centrales y gobiernos, refleja la antigua estructura feudal, “donde unas pocas élites controlaban los recursos” de los que todos dependían.³¹

De hecho, el teórico canadiense Nick Srnicek ya había advertido sobre esta tendencia en 2016, en su libro *Platform Capitalism*, en el que definió este nuevo sistema como uno en el que las corporaciones tecnológicas ejercen un control desproporcionado sobre la vida social y económica, lo que crea dependencias sistémicas. Srnicek observa que plataformas como Amazon, Google y Facebook se han convertido en infraestructuras esenciales, pero al mismo tiempo monopolizan el flujo de información, de manera que generan una concentración de poder sin precedentes. Además, señala que estas empresas son las que más evasión fiscal practican en el mundo.³²

En la misma línea, el filósofo italiano Maurizio Ferraris afirma: “Transformando cada contrato en una solicitud que exige

²⁹ Jaron Lanier, *Ten Arguments for Deleting Your Social Media Accounts Right Now*, London: The Bodley Head Ltd., 2018.

³⁰ César R. Espín León, “Una nueva forma de agresión capitalista: el tecnofeudalismo”, *La línea de fuego. Revista digital*, 11 de febrero de 2025. El autor se basa en Yanis Varoufakis, *Technofeudalism: What Killed Capitalism*, London: Penguin Random House, 2023.

³¹ César R. Espín León, *op. cit.*

³² Nick Srnicek, *Platform Capitalism*, Cambridge: Polity Press, 2017.

una respuesta individual, internet es un gran aparato en el cual se trabaja sin ni siquiera saber que se está trabajando”.³³ El monopolio, trabajo no remunerado y evasión fiscal son elementos que recuerdan al antiguo sistema feudal.

La explotación de datos de las redes sociales y las empresas tecnológicas representa una transformación radical en el sistema económico. En la teoría de sistemas de Luhmann, es importante recordar que no existen juicios de valor: no hay categorías de “bueno o malo”, “ético o inmoral”, ya que estas son preocupaciones de los sistemas psíquicos. El sistema económico, guiado por el binomio *lucro/no lucro*, simplemente responde a estas *irritaciones*. En otras palabras, una empresa no está socialmente preocupada por temas como la contaminación o la esclavitud, pero si ciertas prácticas afectan sus ganancias (*no lucro*), modificará su comportamiento. Por lo tanto, debemos aceptar que ningún dilema moral detendrá al sistema económico en la comercialización de cualquier tipo de mercancía para cualquier comprador, siempre y cuando no comprometa sus ganancias.

Frente a este paradigma social, resulta relevante analizar un caso concreto de venta y manipulación de datos: el escándalo de Cambridge Analytica. Este ejemplo ilustra de manera clara y preocupante cómo los datos personales pueden ser comprados y utilizados para la manipulación política —cabe recordar la ausencia de juicio de valor inherente al sistema económico—. En 2018, se reveló que la empresa Cambridge Analytica recolectó datos de millones de usuarios de Facebook sin su consentimiento explícito y los usó para influir en campañas publicita-

rias y alterar el curso de elecciones en países democráticos.³⁴ Este escándalo expuso la fragilidad de las normas de privacidad y la necesidad de una regulación más estricta. Sin embargo, antes de abordar cómo el sistema político se beneficia de la sociedad de la información y del actual escenario económico, es necesario analizar las particularidades de este sistema social.

4. El uso de datos por el sistema político y su influencia en las elecciones globales

El sistema político en la teoría de Luhmann, como era de esperarse, posee su propio cierre operacional, apertura cognitiva, sus peculiares características y, por supuesto, su código binario específico: *gobierno/oposición*.³⁵ Al utilizar el poder como medio de comunicación simbólicamente generalizado, el sistema político surge para resolver un problema social: la producción e imposición de decisiones colectivamente vinculantes, es decir, cómo tomamos decisiones como sociedad. Sin embargo, en la era digital, la dinámica del poder político se ha visto profundamente alterada por la influencia de las redes sociales. Luhmann señala que el sistema político depende de la confianza social para legitimar sus operaciones, pero la manipulación informa-

³³ Ferraris, *op. cit.*

³⁴ Carole Cadwalladr y Emma Graham-Harrison, “Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach”, *The Guardian*, London, 17 de marzo de 2018. <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>

³⁵ Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*

cional puede comprometer esta confianza.³⁶ Las redes sociales, al facilitar la diseminación de la desinformación y polarización, desafían la capacidad del sistema político para mantener la cohesión social y la legitimidad democrática.

Jaron Lanier argumenta que las redes sociales están haciendo virtualmente imposible la política. El autor describe cómo, en sus inicios, los primeros adoptantes de estas plataformas solían ser jóvenes educados e idealistas, lo que generó una percepción positiva del activismo digital en los primeros años. No obstante, a medida que las redes sociales alcanzaron audiencias masivas y se convirtieron en una industria multimillonaria, sus consecuencias políticas se volvieron más caóticas. Un preludio de lo que estaba por venir fue la Primavera Árabe de 2011, donde las revoluciones en Medio Oriente se vincularon a la organización a través de redes sociales. Aunque inicialmente fueron vistas con optimismo por Occidente, el resultado final —como señala Lanier— fue decepcionante: el retorno al régimen militar en Egipto, la guerra en curso en Siria y la desestabilización de Libia. Otro episodio trágico atribuible en parte a las redes sociales fue la persecución del pueblo Rohingya en Myanmar, directamente vinculada al auge de estas plataformas en el país.³⁷

Uno de los casos más emblemáticos de manipulación política mediante redes sociales fue la elección presidencial de Estados Unidos en 2016. Investigaciones revelaron que agentes extranjeros utilizaron plataformas como Facebook y X (antes Twitter) para

difundir desinformación e influir en el resultado electoral. En un documento público del Gobierno estadounidense, titulado *Informe Mueller*, se destaca que esta campaña de desinformación fue amplia, sistemática y específicamente diseñada para explotar divisiones sociales existentes.³⁸

Es decir, conforme a las teorías de los autores citados anteriormente, nos enfrentamos a un monopolio de empresas tecnológicas que comercializan datos capaces no solo de alterar cómo los usuarios perciben e interactúan con el mundo, sino que —como demostró una investigación oficial gubernamental— lograron comprobadamente influir en procesos electorales en Estados Unidos.

Cabe señalar que el propósito de destacar este tipo de eventos en países occidentales no es establecer diferencias, sino alimentar el debate sobre la ausencia de un ordenamiento central o juicio de valor —estos últimos siempre reservados a los sistemas psíquicos— y más bien constatar la acción efectiva del sistema político —sea central o periférico— de utilizar todos los medios posibles para, según su binomio *gobierno/oposición*, obtener y mantener el poder. En definitiva, estos casos ilustran cómo las redes sociales pueden instrumentalizarse para socavar la integridad de los procesos democráticos en cualquier sociedad.

El filósofo español Manuel Castells, en *Networks of Outrage and Hope: Social Movements in the Internet Age*, analiza cómo las redes sociales transforman la política. Examina movimientos como la Primavera Árabe y Oc-

³⁶ Luhmann, *La política como sistema* (trad. Javier Torres Nafarrate). México: Universidad Iberoamericana, 2004.

³⁷ Lanier, *op. cit.*

³⁸ Robert S. Mueller III, *Report on the Investigation into Russian Interference in the 2016 Presidential Election*. Washington, DC: Departamento de Justicia de los EE.UU., 2019, p. 34.

cupy, de los que destaca el papel de Internet en la movilización social. Para Castells, las redes digitales crean espacios de libertad que permiten protestas horizontales y sin líderes, impulsadas por la indignación que se transforma en esperanza. El tono de su obra, publicada en 2015, es optimista y refleja el *zeitgeist* de su época, al presentar Internet como una herramienta de emancipación capaz de desafiar los poderes tradicionales.³⁹

Sin embargo, casi una década después, es evidente que subestimó ciertas contradicciones: el conflicto entre control estatal y control corporativo de Internet, así como la influencia de ideologías en los movimientos sociales. Su obra defiende el potencial democratizador de la tecnología, pero su optimismo funciona más como invitación a la reflexión que como respuesta definitiva sobre el futuro de los movimientos sociales en la era digital. En otras palabras, Castells reconoce que mientras las redes sociales pueden amplificar voces marginadas, también pueden usarse para manipular la opinión pública y desestabilizar democracias.

El caso del Brexit representa otro ejemplo paradigmático de cómo las redes sociales pueden influir en procesos políticos cruciales. La periodista Carole Cadwalladr reveló cómo campañas de desinformación utilizaron datos extraídos ilegalmente de usuarios de Facebook para influir en el referéndum británico. Como señaló David Miller, profesor de sociología en la Universidad de Bath: “Debe quedar claro para los votantes de dónde proviene la información. Si no es transparente, surge la pregunta de si realmente

vivimos en una democracia”.⁴⁰ Aunque el debate sobre los resultados del Brexit sigue generando controversia —con estudios que apoyan ambas posturas—,⁴¹ un exfuncionario de Cambridge Analytica afirmó que, sin sus servicios, los ciudadanos del Reino Unido (ingleses, galeses, escoceses y norirlandeses) seguirían formando parte de la Unión Europea.⁴² Esta afirmación subraya el impacto concreto de estas técnicas de manipulación digital en los procesos democráticos fundamentales.

De manera análoga, el argentino Ernesto Calvo, en su libro *Anatomía política de Twitter*, explora cómo las redes sociales moldean el debate político en América Latina. Analiza, desde una perspectiva sociológica, estas comunidades digitales como si se tratase de barrios, donde el aprendizaje algorítmico de-

³⁹ Manuel Castells, *Networks of Outrage and Hope: Social Movements in the Internet Age*, Cambridge: Polity, 2015.

⁴⁰ Carole Cadwalladr, “The great British Brexit robbery: how our democracy was hijacked”, *The Guardian*, 7 mayo 2017. <https://www.theguardian.com/technology/2017/may/07/the-great-british-brexit-robbery-hijacked-democracy>

⁴¹ Pablo Guimón, “El Brexit no habría sucedido sin Cambridge Analytica”, *El País*, 27 marzo de 2018. https://elpais.com/internacional/2018/03/26/actualidad/1522058765_703094.html; Emma Woollacott, “Cambridge Analytica ‘Did Not Influence Brexit Referendum’”, *Forbes*, 8 octubre de 2020. <https://www.forbes.com/sites/emmawoollacott/2020/10/08/cambridge-analytica-did-not-influence-brexit-referendum/>

⁴² Aline Robert, “Would Brexit have come about without Cambridge Analytica?”, *Euractiv*, 27 marzo de 2018. <https://www.euractiv.com/section/uk-europe/news/would-brexit-have-come-about-without-cambridge-analytica/>

termina la información que se presenta a los usuarios:

Quienes viven en los barrios de la oposición reciben un número desproporcionado de tuits generados por opositores. Quienes viven en los barrios del gobierno reciben un número desproporcionado de tuits afines al gobierno. Cada usuario vive en un barrio que está políticamente segregado, o por lo menos mucho más segregado que el de sus vidas no virtuales. En cada una de estas zonas, las ideas que cada uno de nosotros tiene sobre el mundo que nos rodea van filtrando el contenido al cual podemos acceder y generando narrativas que son localmente mayoritarias. Cada fav y cada retuiteo refuerzan los límites de las distintas comunidades de usuarios y condicionan la información a la cual accedemos.⁴³

Calvo constata que esta dinámica dificulta el diálogo entre grupos políticos antagónicos, lo que exacerba la polarización y la fragmentación social. Si se considera que actualmente las personas utilizan las redes sociales como principal fuente de información global, este fenómeno impide el intercambio genuino de ideas, por lo que amplifica las barreras existentes dentro del sistema político entre *gobierno/oposición*.

Precisamente, este aislamiento de debates e ideas políticas caracterizó las elecciones presidenciales en Brasil en 2018, entre el candidato de derecha Jair Bolsonaro y el de izquierda, Fernando Haddad. Según investigaciones sobre el uso de redes sociales para la manipulación política, las campañas de

desinformación y noticias falsas fueron diseñadas masivamente a través de mensajes automatizados de WhatsApp (bots) para influir en electores. Un reportaje de la BBC documentó cómo se realizaba un levantamiento automatizado de números telefónicos dirigido a públicos específicamente segmentados políticamente, seguido del envío masivo de miles de mensajes con contenido falso sobre el oponente político, su partido y, en general, sobre el otro lado de la polarización política.⁴⁴

El caso de las elecciones en India en 2019 constituye otro ejemplo paradigmático del uso de redes sociales para manipulación política. Investigaciones revelaron que el partido gobernante utilizó datos de usuarios de Facebook para segmentar electores y difundir mensajes personalizados.⁴⁵ El analista indio Shivam Shankar Singh, en *How to Win an Indian Election*, explica el caso brasileño: “[...]usariam essas mídias para espalhar conteúdo enganoso e falso que apoia a narrativa que eles estão tentando enquadrar, talvez até mesmo sem perceber que o conteúdo é falso, apenas por causa da quantidade de engajamento[...]”.⁴⁶ Singh plantea una reflexión específica sobre India que resulta aplicable como regla general:

⁴³ Ernesto Calvo, *Anatomía política de Twitter*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015, p. 27.

⁴⁴ Matheus Magenta, Juliana Gagnani, Felipe Souza, “How WhatsApp is being abused in Brazil’s elections”. *BBC News*, Brasil, 24 octubre de 2018. <https://www.bbc.com/news/technology-45956557>

⁴⁵ Meryl Sebastian, “Fighting for votes in ‘the world’s biggest data mine’”. *BBC News*, Delhi, 25 mayo 2024. <https://www.bbc.com/news/articles/c3ggqx4lwp60>.

⁴⁶ Shivam Shankar Singh, *How to Win an Indian Election*, Nueva Delhi: Penguin Random House, 2019, p. 84.

Os baixos padrões educacionais da Índia, que têm piorado ainda mais em qualidade na última década, também significam que há pouca esperança de que o problema das notícias falsas desapareça por si só, à medida que as pessoas começam a desconsiderar o conteúdo que recebem, mesmo quando ele apoia uma narrativa em que já acreditam.⁴⁷

En síntesis, aunque el análisis se centra en los problemas específicos de India, el autor identifica desafíos comunes a todos los países, ya que evidencia claramente la relación entre inversión en educación y la vulnerabilidad a la manipulación popular mediante redes sociales.

En esta misma línea, el filósofo coreano Byung-Chul Han, en su obra *Psicopolítica*, reflexiona sobre si “el acceso ilimitado a información y conexiones nos hace realmente libres”, y llega a una conclusión contraria: el nuevo control psicopolítico de la sociedad actual, a diferencia de los sistemas represivos del pasado (que imponían silencio y prohibiciones), ahora nos incentiva a comunicarnos, compartir y exponer nuestras vidas constantemente. Este sistema aparenta ser amigable, pero en realidad cartografía nuestra mente mediante *big data*, nos impulsa a usar dispositivos de autorrastreo y convierte cada *like*, *post* o *tuit* en datos comercializables.

En el panóptico digital, ya no somos torturados, sino estimulados a producir información sobre nosotros mismos. Han demostrado cómo la libertad se ha transformado en una trampa: para recuperarla, sería necesario cuestionar todo el sistema, optar por la

no-conformidad y resistir la presión constante por exposición y productividad.⁴⁸

En otras palabras, la alienación generada por el aislamiento en el “barrio político” propio, combinada con la inteligencia algorítmica, fomenta un conformismo político específico, en el que el elector solo reacciona pasivamente a la política, criticando, quejándose, exactamente como hace un consumidor ante un producto o servicio que no le satisface.⁴⁹

En resumen, el uso de redes sociales para manipulación política representa una amenaza significativa para la democracia y el pensamiento libre. Desde la teoría de Luhmann, podemos comprender que no existe un juicio de valor, sino simplemente una operación natural del sistema político, que utiliza el poder como medio de comunicación simbólicamente generalizado y busca, mediante su código *gobierno/oposición*, emplear todos los medios posibles para obtener el resultado deseado, incluso cuando esto implique incentivar inconscientemente la alienación, la polarización y hasta la disminución del libre pensamiento humano.

La manipulación digital, impulsada por el sistema económico y fomentada por el sistema político, no solo desafía la integridad de los procesos electorales tal como los conocemos, sino que redefine radicalmente los conceptos de libertad de pensamiento y autonomía individual democrática. Ante este escenario lógico-sistémico, queda por analizar cómo el sistema jurídico puede responder a estos nuevos paradigmas.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ Byung-Chul Han, *Psicopolítica*, op. cit.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 21-22.

5. El sistema jurídico como guardián de la democracia y el papel del operador del derecho

A lo largo de este artículo, hemos explorado cómo las redes sociales y la economía de datos han transformado los sistemas sociales e impactado en los sistemas psíquicos, económicos y políticos. Hemos observado que la hiperconectividad digital ha creado nuevos desafíos para la estabilidad normativa (tanto social como legal), desde la manipulación de comportamientos individuales, hasta la interferencia en procesos democráticos.

Ahora abordamos el sistema jurídico que, en la teoría de Luhmann, desempeña un papel crucial en la reducción de la complejidad social, no solo para sí mismo, sino también para todos los demás sistemas, ya que tiene como función principal la estabilización de expectativas normativas.⁵⁰

Para Luhmann, el sistema jurídico es un sistema autopoietico, es decir, se autorreproduce mediante sus propias operaciones, basadas en el código binario *legal/ilegal*.⁵¹ Esta autopoiesis permite al sistema jurídico mantener su autonomía funcional, diferenciándose de otros sistemas sociales como el político y el económico. Sin embargo, esta autonomía no implica aislamiento. Luhmann argumenta que “el sistema jurídico es operacionalmente cerrado, pero cognitivamente abierto a su entorno”.⁵²

En otras palabras, aunque el sistema jurídico opera según sus propias reglas y proce-

dimientos, es capaz de observar y responder a los cambios en el entorno social.

Esta apertura cognitiva es esencial para la adaptación del sistema jurídico a las transformaciones digitales. De manera continua, el sistema se diferencia de su entorno, porque se adecua a sus exigencias (para mantenerse viable).

Esta constante interacción de sistemas normativamente cerrados, pero cognitivamente abiertos, en perpetua adaptación al entorno, se caracteriza por el teorema de la *doble contingencia de los sistemas*,⁵³ cuya consecuencia más importante es la emergencia de confianza o desconfianza en el entorno.⁵⁴

La confianza se fundamenta en la decodificación de la información proporcionada por el sistema, que no se realiza mediante su propio código, sino a través de los demás sistemas. Es decir, la confianza se basa en una especie de *buena fe objetiva*, que se sustenta en los resultados derivados de la información continuamente generada, y no en las intenciones originales. Esto crea una tensión entre la necesidad de estabilidad normativa y la demanda de adaptación rápida. Es en este contexto, donde los operadores del derecho desempeñan un papel crucial, y actúan como mediadores entre el sistema jurídico y su entorno.

Si bien los tribunales ocupan un lugar central en el análisis luhmanniano, como núcleo del sistema jurídico⁵⁵ —ya que teóricamente son los únicos responsables de la toma de decisiones—, estas decisiones solo pueden fundamentarse en los debates pre-

50 Luhmann, *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 150.

51 Luhmann, *Sistemas Sociais...*, op. cit.

52 Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México: Herder, 2005.

53 Luhmann, *Sistemas Sociais...*, op. cit., p. 126.

54 *Ibidem*, p. 151.

55 Luhmann, *O direito da sociedade*, São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 427–434.

sentados, la información aportada al juicio, las tesis, argumentaciones, peticiones y solicitudes realizadas por un grupo específico de actores: los operadores del derecho.

Los operadores del derecho —abogados, miembros del Ministerio Público, defensores públicos, jueces, técnicos judiciales, pasantes, analistas y todos los demás profesionales que componen el sistema jurídico— son responsables de garantizar que el sistema jurídico pueda observar e interpretar los cambios en el entorno social. Actúan como *traductores* entre los distintos sistemas sociales, al integrar influencias externas en la formulación de la normatividad.

Esto ocurre porque son esencialmente sistemas psíquicos y, como tales, mantienen un acoplamiento estructural con el sistema jurídico, ya que, según Luhmann, es evidente que, como el propio sistema jurídico está obligado a realizar la comunicación, mantiene relaciones directas con este entorno psíquico del sistema social. Esto quiere decir que penetra directamente en la conciencia de los participantes.⁵⁶

Sin embargo, según Luhmann, no es posible mantener los sistemas psíquicos, la conciencia o incluso al individuo humano en su totalidad como parte o incluso como componente interno del sistema legal. La autopoiesis del derecho solo puede realizarse mediante operaciones sociales.⁵⁷ Es decir, no se trata de los elementos del sistema jurídico, sino de su acoplamiento estructural más básico: los sistemas psíquicos.

Este acoplamiento resulta particularmente relevante en la era digital, en la que las transformaciones tecnológicas desafían

las respuestas jurídicas tradicionales. Por ejemplo: ¿cómo debe el derecho abordar la privacidad en un mundo donde los datos personales son constantemente recolectados y monetizados?, ¿cómo garantizar la libertad de expresión en un entorno donde la desinformación se propaga rápidamente?, ¿sigue existiendo realmente la democracia?, ¿y el libre albedrío aún existe? Estas cuestiones exigen que los operadores del derecho no solo discutan la aplicabilidad de la legislación vigente, sino que interpreten y adapten las normas a las nuevas realidades sociales.

En este marco, los operadores del derecho tienen la responsabilidad de mantener la confianza sistémica, cuya función es “predecir” el futuro, al permitir que las decisiones se tomen y la información se asimile como si no hubiera incertidumbre. O, de manera más precisa: mostrar confianza es anticipar el futuro, es comportarse como si el futuro fuera cierto.⁵⁸ Así, la confianza sirve como un mecanismo que reduce virtual —pero considerablemente— la complejidad social, porque hace más viable la vida de las personas (y de los sistemas).

En la era digital, esta función es aún más importante, pues la desinformación y la manipulación de datos pueden minar la confianza en todas las instituciones legales —tal como ha ocurrido con los medios de comunicación tradicionales.

La apertura cognitiva del sistema jurídico depende, en última instancia, de los sistemas psíquicos de los operadores del derecho. Como observamos en el apartado 1, los

⁵⁶ *Ibidem*, p. 381.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁸ Luhmann, *Confianza*. Barcelona: Anthropos, México: Universidad Iberoamericana, Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996. p. 15.

sistemas psíquicos operan mediante la conciencia, procesando información y tomando decisiones con base en sus propias lógicas internas.⁵⁹

En el contexto del sistema jurídico, los sistemas psíquicos de los operadores del derecho son esenciales para la interpretación y aplicación de las normas. Sin embargo, estos mismos sistemas psíquicos también se ven afectados por las redes sociales y la economía de los datos.

Como discutimos anteriormente, la exposición constante a contenidos polarizantes y la presión por la productividad pueden llevar al agotamiento emocional y a la disminución de la capacidad crítica o, en palabras de Byung-Chul Han, “el régimen neoliberal introduce una era del agotamiento. Hoy, se explota la psique. Por eso, esta nueva época viene acompañada de enfermedades mentales, como la depresión o el *burnout*”.⁶⁰ Evidentemente, los operadores del derecho tampoco escapan a esta dinámica social, lo que supone un desafío adicional para el sistema jurídico, el cual depende de la capacidad de estos profesionales para procesar información de manera reflexiva y autónoma.

Ante estos desafíos, es esencial que el sistema jurídico desarrolle mecanismos para proteger la autonomía e integridad de los operadores del derecho. Esto incluye la creación de espacios para la reflexión crítica, la promoción de una cultura organizacional que valore la autonomía intelectual y la implementación de políticas que garanticen el bienestar emocional de los profesionales del derecho. Además, es necesario que el sistema jurídico adopte un enfoque proactivo frente a

las transformaciones digitales, lo cual exige que los operadores del derecho se mantengan constantemente actualizados sobre las tendencias tecnológicas, sus implicaciones para el derecho y, principalmente, sobre los debates en torno a ellas.

6. Conclusión

La era digital ha traído transformaciones profundas e irreversibles para los sistemas sociales, ya que redefinió la dinámica entre los subsistemas psíquico, económico, político y jurídico. Las redes sociales y la economía de datos emergieron como agentes centrales en este escenario, ya que moldean comportamientos, influyen en decisiones y desafían la estabilidad normativa de la sociedad. En este artículo hemos explorado cómo estas transformaciones impactan en los sistemas psíquicos, económicos y políticos, y cómo el sistema jurídico, en la teoría de Luhmann, desempeña un papel crucial en la reducción de la complejidad social y en la estabilización de expectativas normativas.

En el apartado 1 se evidenció cómo las redes sociales colonizan la conciencia a través de algoritmos que amplifican la polarización, la ansiedad y la fragmentación identitaria. Autores como Byung-Chul Han y Franco Berardi destacan que la economía de la atención y el *semiocapitalismo* transforman la subjetividad humana, reduciéndola a datos manipulables. La hiperconectividad, lejos de democratizar el acceso a la información, ha creado burbujas epistemológicas que socavan la empatía y el diálogo, por lo que exige de los sistemas psíquicos mecanismos de defensa patológicos —como la ansiedad y la depresión— para lidiar con la complejidad informacional.

El apartado 2 abordó la metamorfosis del sistema económico hacia el *tecnofeuda-*

⁵⁹ Luhmann, *Sistemas Sociales...* op. cit.

⁶⁰ Byung-Chul Han, op. cit., 41.

lismo, donde gigantes tecnológicos como Google y Meta actúan como señores feudales digitales, que monopolizan datos y trabajo no remunerado. Shoshana Zuboff y Yanis Varoufakis demuestran que el capitalismo de vigilancia no solo comercializa la vida privada, sino que también especula sobre futuros comportamentales, porque erosiona la autonomía individual. El sistema económico, guiado por el código *pago/no pago*, legitima esta explotación e ignora dilemas éticos en pos de la acumulación.

El apartado 3 expuso la crisis del sistema político, en la que las redes sociales son instrumentalizadas para desestabilizar democracias. Casos como las elecciones de 2016 en EE.UU., el Brexit y las campañas de desinformación en Brasil e India ilustran cómo el código *gobierno/oposición* es manipulado por algoritmos que segmentan electores y difunden narrativas polarizadas. La desconfianza generada por estas prácticas amenaza la legitimidad de las instituciones políticas, tal como advierten Manuel Castells y Jaron Lanier, quienes ven en las plataformas digitales un vector de caos sistémico.

Finalmente, el apartado 4 destacó al sistema jurídico como último bastión de estabilización normativa. Luhmann enfatiza que, aunque operacionalmente cerrado (*legal/ilegal*), el derecho depende de operadores —abogados, jueces— para interpretar las irritaciones digitales. Sin embargo, estos agentes también son vulnerables a los efectos de las redes sociales, como el agotamiento y la pérdida de criticidad. La confianza en el sistema jurídico —esencial para reducir complejidad— está en riesgo, ya que exige mecanismos que protejan la autonomía de los operadores y adapten las normas a las nuevas realidades.

En síntesis, la teoría luhmanniana revela que la autorreferencialidad de los sistemas

no los inmuniza contra las disfunciones generadas por la digitalización. La democracia, la privacidad y la autonomía dependen de una reinención del sistema jurídico, capaz de mediar conflictos entre libertad y control sin sucumbir a la lógica reduccionista de los algoritmos. El artículo concluye que, sin una reacción coordinada de los operadores del derecho —que integren *insights* críticos de campos como la filosofía y la ciencia política—, la sociedad digital podría consolidar un futuro donde la complejidad sistémica inviabilice la propia noción de justicia y emancipación.

7. Referencias

- BARICCO, Alessandro, *The Game*, Turim: Einaudi, 2018.
- BERARDI, Franco, *Fenomenología del fin*, Buenos Aires: Caja Negra, 2017.
- CADWALLADR, Carole y Emma GRAHAM-HARRISON, “Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach”, *The Guardian*, London, 17 de marzo de 2018. <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election> (Consultado: 23 noviembre de 2024).
- CADWALLADR, Carole, “The great British Brexit robbery: how our democracy was hijacked”, *The Guardian*, 7 de mayo de 2017. <https://www.theguardian.com/technology/2017/may/07/the-great-british-brexite-robbery-hijacked-democracy>
- CALVO, Ernesto, *Anatomía política de Twitter*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.
- CASTELLS, Manuel, *Networks of Outrage and Hope: Social Movements in the Internet Age*, Cambridge: Polity, 2015.
- DA SILVA, Tarcízio Roberto, *Racismo algorítmico: inteligência artificial e discriminação*

- nas redes digitais*, São Paulo: Edições Sesc SP, 2022.
- ESPÍN LEÓN, César R., “Una nueva forma de agresión capitalista: el tecnofeudalismo”, *La línea de fuego. Revista digital*, 11 de febrero de 2025.
- FERRARIS, Maurizio, *Movilización total* (trad. Miguel Alonso Ortega), Barcelona: Herder, 2017, p. 14.
- GARCÉS, Marina, *Nueva ilustración radical*, Barcelona: Anagrama, 2017.
- GUIMÓN, Pablo, “El Brexit no habría sucedido sin Cambridge Analytica”. *El País*, 27 marzo de 2018. https://elpais.com/internacional/2018/03/26/actualidad/1522058765_703094.html (Consulta: 22 septiembre de 2024).
- HAN, Byung-Chul, *Psicopolítica* (trad. Miguel Serras Pereira), Lisboa: Relógio D'Água, 2017.
- LANIER, Jaron, *Ten Arguments for Deleting Your Social Media Accounts Right Now*, London: The Bodley Head Ltd., 2018.
- LUHMANN, Niklas, *Confianza*, Barcelona: Anthropos, México: Universidad Iberoamericana y Santiago de Chile: Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996, p. 15.
- LUHMANN, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.
- LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, (trad. Javier Torres Nafarrate). México: Herder, 2005.
- LUHMANN, Niklas, *La economía de la sociedad*, (trad. Javier Torres Nafarrate). México: Herder, 2008.
- LUHMANN, Niklas, *La política como sistema*, (trad. Javier Torres Nafarrate). México: Universidad Iberoamericana, 2004.
- LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, (trad. Javier Torres Nafarrate), México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2006.
- LUHMANN, Niklas, *Law as a Social System*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- LUHMANN, Niklas, *O direito da sociedade*, São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociais: Esboço de uma Teoria Geral*. Antonio Carlos Luz Teixeira (trad.), Petrópolis: Vozes, 2016.
- LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general* (trads. Silvia Pappe y Brunhilde Erker), Anthropos; Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general*. Bogotá: Anthropos, 1998.
- MAGENTA, Matheus, Juliana GRAGNANI y Felipe SOUZA, “How WhatsApp is being abused in Brazil’s elections”, *BBC News Brasil*, 24 octubre de 2018. <https://www.bbc.com/news/technology-45956557> (Consulta: 22 septiembre de 2024).
- MAGRANI, Eduardo, *A Internet das Coisas*. Río de Janeiro: FGV, 2018, p. 192.
- MATURANA, Humberto y Francisco VARELA, *El Árbol del Conocimiento: Las Bases Biológicas del Entendimiento Humano*. Santiago: Editorial Universitaria, 1984.
- MUELLER, Robert S. III, *Report on the Investigation into Russian Interference in the 2016 Presidential Election*. Washington, DC: Departamento de Justicia de los EE.UU., 2019.
- OMS: Organización Mundial de la Salud, Mental Health and Digital Technologies, Ginebra: OMS, 2021.
- PARISER, Eli, *The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think*, Nueva York: The Penguin Press, 2011.
- ROBERT, Aline, “Would Brexit have come about without Cambridge Analytica?” *Euractiv*, 27 marzo de 2018. <https://www.>

- euractiv.com/section/uk-europe/news/would-brexite-have-come-about-without-cambridge-analytica/. (Consulta: 22 septiembre de 2024).
- SANTOS, José Manuel, *O Pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Universidad de Beira Interior, 2005, pp. 43–48.
- SEBASTIAN, Meryl, “Fighting for votes in ‘the world’s biggest data mine’”, *BBC News*, Delhi, 25 mayo de 2024. <https://www.bbc.com/news/articles/c3ggqx4lwp60> (Consulta: 8 fev. 2025).
- SINGH, Shivam Shankar, *How to Win an Indian Election*. Nueva Delhi: Penguin, 2019.
- SRNICEK, Nick, *Platform Capitalism*, Cambridge: Polity Press, 2017.
- TWENGE, Jean Marie, *iGen: Why Today’s Super-Connected Kids Are Growing Up Less Rebellious, More Tolerant, Less Happy—and Completely Unprepared for Adulthood*. Nueva York: Atria Books, 2019.
- TWENGE, Jean Marie, Thomas JOINER, Gabrielle MARTIN y Megan ROGERS, “Increases in Depressive Symptoms, Suicide-Related Outcomes, and Suicide Rates Among U.S. Adolescents After 2010 and Links to Increased New Media Screen Time”, *Clinical Psychological Science*, núm. 1, 6, 2018, pp. 3-17. <https://doi.org/10.1177/2167702617723376>
- VAROFAKIS, Yanis, *Technofeudalism: What Killed Capitalism*, London: Penguin Random House, 2023.
- WOOLLACOTT, Emma, “Cambridge Analytica ‘Did Not Influence Brexit Referendum’”. *Forbes*, 8 octubre de 2020. <https://www.forbes.com/sites/emmawoollacott/2020/10/08/cambridge-analytica-did-not-influence-brexite-referendum/> (Consultado el 22 septiembre de 2024).
- ZAFRA, Remedios, *El entusiasmo*, Barcelona: Anagrama, 2017.
- ZUBOFF, Shoshana, *The Age of Surveillance Capitalism*, Nueva York: PublicAffairs, 2019.



Análisis de la trata de personas en México: incidencia y capacidad de persecución estatal

*Analysis of Human Trafficking in Mexico:
Incidence and State Prosecution Capacity*

• **José Luis Castellón Sosa** •

Abogado por la Universidad de Guadalajara, maestro en Juicios Orales por la California Western School of Law, egresado de la maestría en Ciencia Jurídico Penal del Instituto Nacional de Ciencias Penales y de la maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Panamericana.

jluis@castellon.com.mx

• **Ramón Héctor Cota Ochoa** •

Maestro en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua. Estudiante de la Licenciatura en Economía en la Universidad Nacional Autónoma de México.

ramoncota89@gmail.com

• **Karla Ivonne Martínez Hernández** •

Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional Autónoma de México. Estudiante de la maestría en Políticas Públicas de la Escuela de Gobierno y Transformación Pública del Tecnológico de Monterrey. ORCID: 0000-0002-7846-7140.

karla.mart.hern@gmail.com

Análisis de la trata de personas en México: incidencia y capacidad de persecución estatal

Analysis of Human Trafficking in Mexico: Incidence and State Prosecution Capacity

- José Luis Castellón Sosa • Instituto Nacional de Ciencias Penales •
- Ramón Héctor Cota Ochoa • Universidad Autónoma de Chihuahua •
- Karla Ivonne Martínez Hernández • Tecnológico de Monterrey •

Fecha de recepción
18-02-2025

Fecha de aceptación
17-04-2025

Resumen

Este estudio examina la incidencia del delito de trata de personas en México y la capacidad de las fiscalías estatales para perseguirlo, en el periodo de 2017 a 2024. Se identifica un crecimiento sostenido en la apertura de carpetas de investigación hasta 2022, seguido de una disminución en los años posteriores. Respecto al ejercicio de la acción penal, se advierten limitaciones en diversas entidades federativas. La Ciudad de México destaca con una efectividad del 61 %, mientras que Baja California y Zacatecas presentan deficiencias significativas. El análisis revela que no existe una relación directa entre la incidencia del delito y la persecución iniciada por la fiscalía, lo que subraya la necesidad de investigaciones posteriores.

Palabras clave

Trata de personas, incidencia delictiva, persecución penal, México.

Abstract

This study examines the incidence of the crime of human trafficking in Mexico and the capacity of state prosecutors to pursue it during the period from 2017 to 2024. A steady increase in the number of investigations opened is observed up to 2022, followed by a decline in the subsequent years. Regarding the exercise of criminal prosecution, limitations are evident in various federal entities. Mexico City stands out with an effectiveness rate of 61 %, while Baja California and Zacatecas show significant deficiencies. The analysis reveals that there is no direct relationship between the incidence of the crime and the prosecution initiated by the attorney general's offices, highlighting the need for further research.

Keywords

Human trafficking, crime incidence, criminal prosecution, Mexico.

Sumario

1. Introducción./ 2. Metodología; 3. Incidencia delictiva del fuero común./ 4. Persecución del delito en el fuero común./ 5. Conclusiones./ 6. Referencias./ 7. Anexos.

1. Introducción

La trata de personas es un fenómeno criminal complejo que se refiere a toda actividad que tenga como propósito lograr la explotación de una persona a través de cualquiera de las modalidades previstas en la ley: esclavitud, condición de siervo, prostitución, explotación laboral, trabajos forzados, mendicidad forzada, etcétera.

En México, este delito puede ser investigado y perseguido tanto en el ámbito federal como en el local. Esta dualidad responde a la naturaleza multifacética del delito, que puede implicar tanto casos en los que se encuentran involucrados distintos países o múltiples entidades federativas, como manifestaciones que se desarrollan dentro del ámbito territorial de solo una de ellas.

En este contexto, el presente análisis tiene como propósito examinar la incidencia delictiva en materia de trata de personas, así como la capacidad de las fiscalías para investigar y perseguir este delito en el orden local. Para ello, se tomará en cuenta el número de carpetas de investigación iniciadas, así como la correspondiente conversión a causas penales a través de la determinación del ejercicio de la acción penal.

Al respecto, cabe recordar que la incidencia delictiva medida en función del número de carpetas de investigación iniciadas no implica necesariamente que cada uno de los casos reportados constituya un delito de trata de personas. La apertura de una carpeta de investigación responde a la necesidad de esclarecer hechos que, en una etapa inicial,

presentan indicios de posible trata de personas, pero cuya configuración real debe ser confirmada o descartada a lo largo del proceso penal.

En este sentido, el registro de carpetas iniciadas refleja la cantidad de investigaciones abiertas en un determinado momento en el tiempo, mas no la cifra exacta de delitos efectivamente cometidos. Por ello, la estadística de carpetas abiertas debe interpretarse con cautela y en conjunto con otras métricas, como las resoluciones judiciales y las sentencias condenatorias, para obtener una visión más precisa del fenómeno.

En lo sucesivo, cabe destacar dos observaciones. Primero, que la tasa de judicialización reportada podría estar subestimada. Esto se debe a que el análisis parte de un contraste entre carpetas de investigación iniciadas y causas penales formalizadas, sin tomar en cuenta otras determinaciones posibles dentro del proceso penal, como “la abstención de investigar, el archivo temporal”, el “no ejercicio de la acción penal” o la “aplicación de criterios de oportunidad”.¹ En un escenario ideal, la comparación debería realizarse únicamente con las carpetas de investigación viables para llegar a juicio, lo que probablemente resultaría en una tasa de judicialización más alta.

1 CNPP: Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, artículo 258. Última reforma publicada el 16 de diciembre de 2024.

En segundo lugar, la disponibilidad de información es limitada. Aunque el análisis se basó en fuentes oficiales, se intentó complementar con solicitudes de transparencia dirigidas a diversas instituciones. Sin embargo, estas no fueron respondidas a tiempo o, en algunos casos, la información proporcionada era incongruente con cifras oficiales o con datos de otros estudios, lo que impidió un contraste más detallado. Esta situación pone en evidencia la necesidad de una mayor transparencia y accesibilidad a datos sobre la investigación y persecución penal de la trata de personas en el país.

Si bien esta investigación presenta ciertas limitaciones, constituye un primer acercamiento para delimitar el fenómeno de la trata de personas en las diferentes entidades del país. Además, proporciona un indicador aproximado de las capacidades de investigación y persecución de las fiscalías estatales. Este estudio inicial deberá complementarse con futuras investigaciones que profundicen en los datos aquí expuestos.

2. Metodología

Para el desarrollo de este estudio se adoptó una metodología basada en un enfoque descriptivo y en el análisis documental y estadístico de fuentes oficiales y secundarias. Se busca proporcionar una visión general del fenómeno de la trata de personas en México, considerando la incidencia delictiva de 2017 a 2024, así como la judicialización de los casos y la respuesta institucional en el periodo de 2017 a 2021.

En primer lugar, se realizó una revisión de informes emitidos por diversas instituciones nacionales e internacionales, con el objetivo de comprender la evolución del delito y las estrategias implementadas para su combate.

Entre estas destacan:

- Informes de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH): Documentos que evalúan la respuesta de las autoridades ante la trata de personas, identificando vacíos y áreas de mejora.
- Informes de organizaciones de la sociedad civil: Reportes elaborados por organizaciones especializadas en derechos humanos y trata de personas que brindan datos cualitativos y perspectivas alternativas sobre el problema.
- Informes gubernamentales: Publicaciones de instituciones estatales y federales que proporcionan cifras oficiales sobre la detección, persecución y sanción de este delito.
- Informes de organismos internacionales: Documentos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y el Departamento de Estado de los Estados Unidos, que permiten contrastar la situación en México con estándares internacionales.

En segundo lugar, se realizó un estudio cuantitativo basado en fuentes oficiales para medir la incidencia del delito de trata de personas y la efectividad de las fiscalías estatales para llevar esos casos ante un juez. Las principales bases de datos utilizadas fueron:

- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP): Registros de carpetas de investigación abiertas por trata de personas en cada entidad federativa.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH): Datos sobre la judicialización de casos, número de sentencias emitidas y su sentido (condenatorio o absolutorio).

- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI): Cifras poblacionales utilizadas para calcular tasas de incidencia y realizar comparaciones entre estados.

El análisis de los datos se llevó a cabo en dos etapas: (1) se identificaron las entidades con el mayor número de carpetas de investigación, primero en términos absolutos y luego en tasas de incidencia por cada 100 mil habitantes; (2) se analizó la efectividad en la judicialización en las seis entidades con la mayor incidencia según las tasas.

3. Incidencia delictiva del fuero común

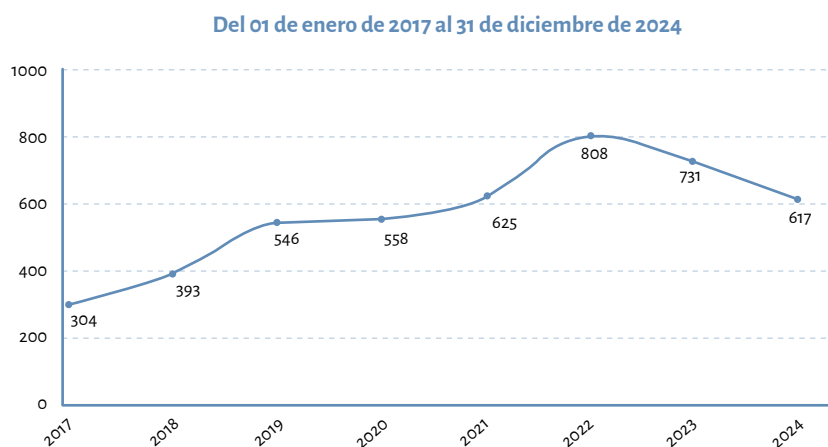
En el ámbito del fuero común, la competencia para investigar y perseguir el delito de trata de personas recae en las entidades federativas y sus respectivas agencias gubernamentales. Conforme a la legislación vigente, las fiscalías o procuradurías estatales son las encargadas de conocer estos casos; tienen la responsabilidad de llevar a cabo las investi-

gaciones, reunir los elementos de prueba y ejercer la acción penal contra los responsables ante los tribunales competentes.

Para empezar con el análisis, se observó la tendencia del delito en todo el país. De forma agregada, *entre 2017 y 2024 se iniciaron 4 582 carpetas de investigación* relacionadas con el delito de trata de personas en sus distintas modalidades:

En el periodo analizado se puede apreciar un aumento de casi 103 % en las carpetas de investigación iniciadas por el delito de trata. La incidencia durante este periodo muestra una tendencia de crecimiento sostenido hasta 2022, seguido de una reducción en los años posteriores. En 2017, se registraron 304 casos a nivel nacional y esta cifra aumentó de manera constante hasta alcanzar un *pico máximo de 808 casos en 2022*, lo que representa un crecimiento del 166 % en cinco años. Sin embargo, a partir de 2023 se observó una *disminución progresiva en los registros*, con 731 casos en 2023 y 617 en 2024, lo que implica una reducción acumulada de 191 casos (-23.6 %) en dos años desde el punto más alto de 2022.

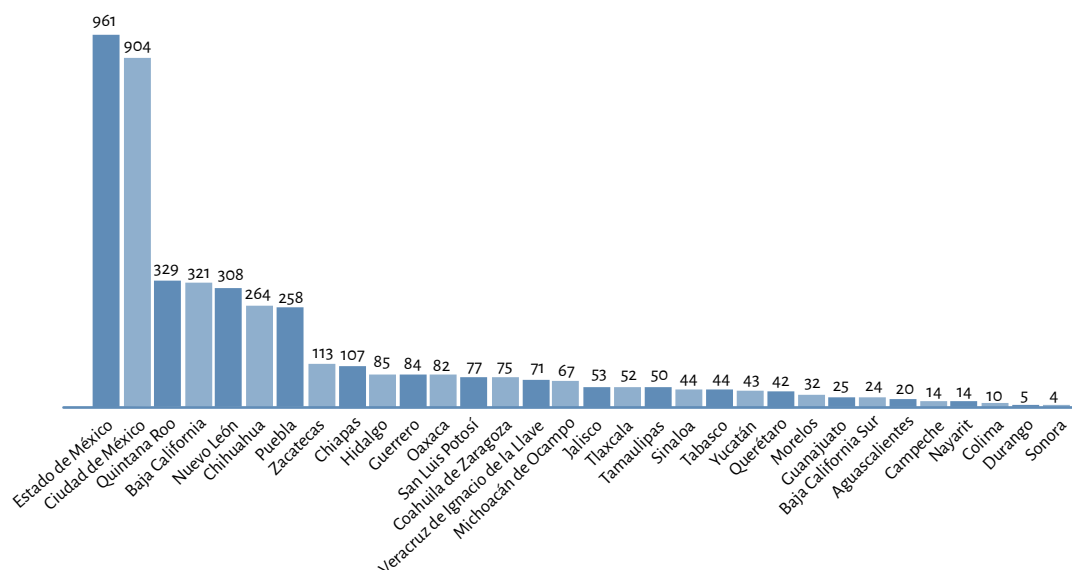
Gráfica 1. Total de carpetas de investigación iniciadas de trata de personas del fuero común (2017-2024)



Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Gráfica 2. Total de carpetas de investigación iniciadas de trata de personas del fuero común por estado (2017-2024)

Del 01 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2024.



Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

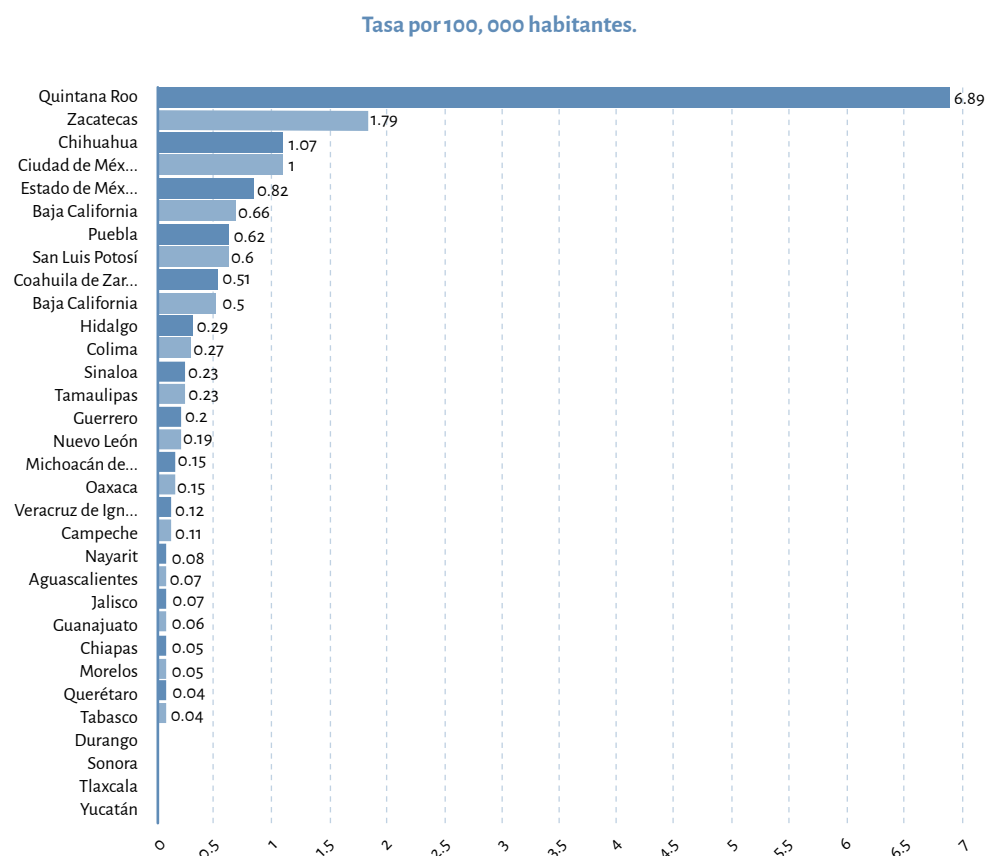
El análisis de la incidencia delictiva absoluta por entidad federativa muestra que los estados con mayor cantidad de carpetas de investigación iniciadas entre 2017 y 2024 son los siguientes: Estado de México, Ciudad de México, Quintana Roo, Baja California, Nuevo León, Chihuahua y Puebla. Después de estos, se observa una disminución notable en el número de casos registrados, con Zacatecas como la siguiente entidad con mayor incidencia.

Geográficamente, estas entidades tienen características disímiles entre sí, pero se encuentran ubicadas en puntos estratégicos de la geografía nacional, como en la frontera norte con Estados Unidos de América (Baja California, Nuevo León, Chihuahua), en el centro del país (Ciudad de México, Estado

de México y Puebla) o en zonas de amplia y reconocida actividad turística (Quintana Roo). Esto parece coincidente, en parte, con el Reporte sobre Trata de Personas 2023 de la Embajada de los Estados Unidos en México, el cual cita el aumento de algunas actividades relacionadas con el delito de trata, como el turismo sexual infantil en las zonas fronterizas y turísticas.²

2 US Mission to Mexico, Reporte sobre trata de personas 2023 [en línea], *Embajada de Estados Unidos en México*, 2023. <https://mx.usembassy.gov/es/reporte-sobre-trata-de-personas-2023/>

Gráfica 3. Tasa de carpetas de investigación iniciadas de trata del fuero común (2024)



Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública e Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

Cabe destacar que, al analizar las tasas de incidencia —las cuales ajustan el número de casos en función de la población de cada entidad—, se obtiene un panorama distinto y complementario, que permite una mejor comparación del impacto relativo del delito en cada estado.

Si bien las entidades federativas con mayor incidencia delictiva continúan siendo el Estado de México, Ciudad de México, Quintana Roo, Baja California, Chihuahua y Puebla (Nuevo León sale de los primeros 10),

Zacatecas se incorpora en el segundo sitio. Adicionalmente, también es digno de notar que el análisis por tasas permite identificar que *Quintana Roo* es el estado con la *mayor concentración relativa de casos* (6.89), lo que sugiere que, aunque su volumen absoluto no es el más alto, el delito tiene un impacto desproporcionado comparado con su población. Esto podría estar vinculado con la actividad turística en la región. Por ejemplo, en mayo de 2024 la Fiscalía del Estado de Quintana Roo y la Guardia Nacional hallaron a 17 muje-

res posibles víctimas de trata en un local ubicado en la vía Cancún-Tulum.³

Zacatecas, se posiciona como el segundo estado con la mayor tasa de incidencia relativa (1.79), probablemente asociado al crimen organizado y su relación con redes de trata. En agosto del 2024, el estado ya había igualado el número de casos registrados en todo 2023 (23). Fresnillo se mantiene como el epicentro de estos delitos, con los trabajos forzados como la modalidad de mayor incidencia en la entidad.⁴

Chihuahua ocupa el tercer lugar en incidencia relativa (1.07), lo que parece coincidente con su ubicación fronteriza y la existencia documentada de redes de trata vinculadas incluso a los feminicidios que han ocurrido en esa entidad.⁵

Asimismo, se advierte que, aunque en términos absolutos pareciera que *Ciudad de México* (1.00) y el *Estado de México* (0.82) tienen un alto número de casos, en realidad sus tasas indican que la dimensión del fenómeno que enfrentan es menor que la de otras entidades federativas con menor población, pero una mayor concentración del delito.

Ahora bien, algunos estados presentan tasas de incidencia delictiva extremadamente bajas o incluso nulas, lo que, más que reflejar la inexistencia de actividad criminal, podría estar relacionado con el desconocimiento de las autoridades sobre los hechos ocurridos o con la omisión en su debido registro. Ejemplo de ello son *Durango, Sonora, Tlaxcala y Yucatán* (0.00), que no reportaron incidencia alguna en la base de datos utilizada. Asimismo, estados como *Querétaro, Tabasco y Morelos*, con tasas entre 0.04 y 0.05, muestran una presencia mínima del delito en términos de registros oficiales.

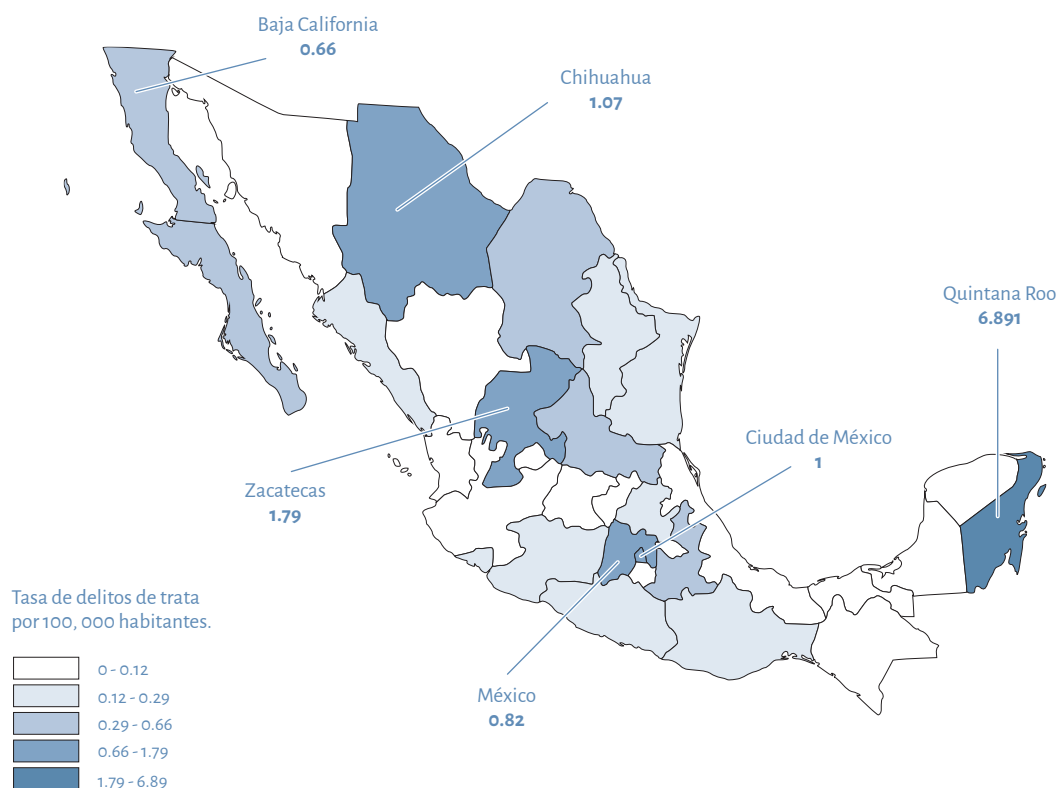
El contraste entre los números absolutos y las tasas de incidencia pone en evidencia la necesidad de diseñar estrategias diferenciadas para fortalecer las capacidades de investigación y persecución del delito. Un posible enfoque podría centrarse en priorizar la inversión de recursos y la reconfiguración institucional en aquellas entidades federativas con una mayor incidencia por cada 100 000 habitantes, mientras que, en el resto de los estados, los esfuerzos podrían enfocarse en la gestión y el procesamiento eficiente de los casos en curso. Finalmente, en aquellas entidades con cifras bajas o nulas, resulta fundamental evaluar la capacidad de las autoridades para detectar el delito, a fin de determinar si estos registros reflejan una menor actividad delictiva o, por el contrario, son indicativos de deficiencias en la identificación y el reporte de los casos.

3 Ivonne Valdés, “Las autoridades hallan a 17 mujeres consideradas posibles víctimas de trata de personas en Quintana Roo” [en línea], *CNN México*, 20 de mayo de 2024. <https://cnnespanol.cnn.com/2024/05/20/17-mujeres-victimas-trata-personas-quintana-roo-orix>

4 Landi Valle, “Fresnillo, epicentro de la trata” [en línea], *NTR Zacatecas*, 26 de agosto de 2024. <https://ntrzacatecas.com/2024/08/fresnillo-epicentro-de-la-trata/>

5 Araly Castañón, “Feminicidios en Juárez: 16 víctimas del «El Navajo» aún no tienen justicia”, *Ciper*, 4 de agosto de 2015. <https://www.ciperchile.cl/2015/08/04/feminicidios-en-juarez-16-victimas-del-caso-el-navajo-aun-no-tienen-justicia/>; Jesús Estrada, “Fiscalía de Chihuahua investiga trata de menores en albergue” [en línea], *La Jornada*, 12 de noviembre de 2024. <https://www.jornada.com.mx/noticia/2024/11/12/estados/fiscalia-de-chihuahua-investiga-trata-de-menores-de-albergue-1808>

Mapa 1. Tasa de carpetas de investigación iniciadas de trata del fuero común (2024)



Fuente: Elaboración propia con base en información del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública y del Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

Luego de realizar este análisis de la incidencia relativa en las entidades del país, se procedió a comparar el porcentaje de judicialización en las seis entidades con la mayor concentración del delito en México.⁶

A continuación, se puede ver un mapa de las seis entidades con la mayor concentración relativa del delito de trata.

⁶ Para seleccionar estas seis entidades, se clasificaron los datos de tasas de delitos mediante el método de rupturas naturales en el programa QGIS (un software libre de información geoestadística). El método agrupa los números en categorías de manera que los

valores similares queden juntos y los muy diferentes sean separados. Es decir, los datos se dividen en conjuntos donde *cada grupo tiene valores parecidos entre sí, pero diferente a los de otros grupos*. Para ver más, consultar: ArcGis Pro 3.4, “Métodos de clasificación de datos” [en línea], Esri. <https://pro.arcgis.com/es/pro-app/latest/help/mapping/layer-properties/data-classification-methods.htm>

4. Persecución del delito del fuero común

Uno de los principales desafíos al abordar el análisis del ejercicio de la acción penal respecto del delito de trata de personas es la falta de información pública y oficial sobre este proceso. A pesar de que la incidencia delictiva es reportada regularmente por diversas instituciones, no existen cifras oficiales de la persecución iniciada por las Fiscalías en los portales de transparencia, ni reportes sistemáticos que permitan un análisis integral.

Dado este contexto, el único estudio fiable y con cifras verificables sobre el ejercicio de la acción penal corresponde a un informe de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), el cual cubre el período 2017-2021. Esta es la razón por la que el análisis se enfoca exclusivamente en estos años: no se cuenta con información confiable posterior que permita hacer una evaluación precisa del desempeño de las fiscalías y tribunales, después de que haya empezado el ejercicio de la acción penal en casos de trata de personas.⁷

Al contrastar el número de causas penales con las carpetas iniciadas, se puede

obtener el porcentaje de efectividad interna (cuántas carpetas iniciadas dan lugar a una causa penal). Este indicador nos puede ayudar a tener una idea de las capacidades de investigación y persecución de las Fiscalías de los estados analizados.

Al observar el *Cuadro 1*, se puede identificar que, en orden descendente, las entidades con la mayor efectividad interna son las siguientes:

1. Ciudad de México (61 %),
2. Chihuahua (30 %),
3. Quintana Roo (26 %),
4. Estado de México (10 %),
5. Zacatecas (10 %),
6. Baja California (9 %).

Los datos sobre el ejercicio de la acción penal en las carpetas de investigación iniciadas en el período del 2017 al 2021 evidencian un liderazgo consistente de parte de la *Ciudad de México* en términos absolutos. La capital del país generó 299 causas penales del 2017 al 2021. En contraste, entidades con *alta incidencia delictiva por cada 100 mil habitantes*, como *Zacatecas*, muestran una *deficiencia significativa en el ejercicio de la acción penal* al presentar apenas 4 causas penales.

Considerando las 6 entidades federativas que tienen la mayor cantidad de incidencia tanto en términos absolutos como relativos, advertimos lo siguiente:

Baja California parece tener una baja capacidad para ejercitar acción penal (9 %), lo que lo podría colocar entre los estados con mayores dificultades para transformar investigaciones en procesos penales efectivos.

Chihuahua tiene una tasa de incidencia elevada (1.07), pero su moderada efectividad (30 %) la coloca en una mejor posición que otros estados con casos similares. Esto sugiere que aunque el fenómeno se encuen-

7 Si bien el uso de un solo estudio presenta limitaciones en términos de actualización de los datos, su selección responde a la necesidad de trabajar con fuentes verificables y metodológicamente sólidas. La falta de información reciente subraya la importancia de mejorar los sistemas de registro y reporte sobre el ejercicio de la acción penal respecto de la trata de personas en México, con el fin de contar con bases de datos accesibles, comparables y actualizadas que permitan el diseño de políticas públicas más efectivas en la persecución de este delito.

Cuadro 1. Porcentaje de efectividad interna de persecución del delito (2017-2021)

Estado	Carpetas iniciadas	Tasa	Causas penales	Efectividad interna	Categoría efectividad
<i>Baja California</i>	169	0.66	16	9 %	Baja
<i>Chihuahua</i>	159	1.07	47	30 %	Moderada
<i>Ciudad de México</i>	490	0.99	299	61 %	Alta
<i>Estado de México</i>	397	0.82	42	11 %	Baja
<i>Quintana Roo</i>	77	6.89	20	26 %	Moderada
<i>Zacatecas</i>	41	1.79	4	10 %	Baja

Fuente: Elaboración propia con datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública y de la CNDH: Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de la trata de personas en México 2021. Procuración e impartición de justicia*, 2021. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2021-12/DIAGNOSTICO_TDP_2021.pdf.

tra presente en una magnitud considerable, su sistema de procuración de justicia parece responder de manera más efectiva en comparación con otros estados.

La Ciudad de México es la entidad con más investigaciones iniciadas en términos absolutos y una de las tasas más altas en relación con su población. Sin embargo, lo que la distingue es su alta capacidad para ejercitar acción penal (61 %), lo que sugiere que su sistema de procuración de justicia podría estar mejor preparado para procesar estos casos. El hecho de que tenga una tasa elevada de incidencia y una alta tasa de ejercicios de la acción penal podría indicar que el fenómeno está bien identificado y enfrentado con mecanismos de persecución penal relativamente efectivos.

El Estado de México tiene una de las cifras más altas de carpetas iniciadas, lo que

demuestra que el delito está presente en gran magnitud. El principal problema radica en su baja capacidad de ejercitar acción penal y su efectividad del 11 %, lo que podría indicar dificultades en la conversión de investigaciones en juicios.

Quintana Roo presenta un fenómeno atípico y preocupante, pues su tasa de incidencia (6.89), como lo hemos dicho, es por mucho la más alta del país. A pesar de esta altísima concentración del delito, su ejercicio de la acción penal (26%) es moderado, lo que indica que, aunque algunos casos logran llevarse ante un juez, el sistema enfrenta dificultades sistemáticas para que esto ocurra de forma ordinaria.

Zacatecas tiene una de las tasas más altas de incidencia (1.79), aunque la cantidad de casos absoluta es la más baja de las entidades federativas analizadas. Su baja efecti-

vidad, del 10 %, podría indicar graves fallas en la capacidad de convertir investigaciones en procesos penales.

Con lo anterior, podemos advertir que *existe un desfase preocupante entre los casos registrados y las causas puestas en conocimiento de un juez*. Aunque algunas entidades presentan altos niveles de incidencia, *el ejercicio de la acción penal sigue siendo bajo*, lo que podría significar que muchos casos no llegan a la etapa de juicio o son desestimados en la investigación.

Baja California, Estado de México y Zacatecas representan los ejemplos más críticos de baja respuesta judicial en función de la tasa de incidencia delictiva por cada 100 mil habitantes. En esos estados, los números parecen mostrar una baja capacidad de ejercicio de la acción penal, al observar la diferencia entre el volumen de carpetas iniciadas y el número de causas penales; esto podría sugerir un cuello de botella en la conversión de investigaciones en procesos judiciales, lo que posiblemente se relaciona con falta de recursos, limitaciones estructurales o dificultades en la integración de pruebas.

5. Conclusiones

El análisis de los datos sugiere que *no existe una relación directa entre la incidencia del delito, ya sea en términos absolutos o relativos, y la capacidad de persecución a través del ejercicio de la acción penal en las fiscalías o procuradurías de las entidades federativas*. Sin embargo, podría existir una relación entre la capacidad para detectar los delitos, así como para perseguirlos. Es decir, las mismas capacidades institucionales podrían estar interrelacionadas. Para afirmar esto, sería necesario realizar investigaciones más profundas, con datos de mejor calidad y con análisis más sofisticados y rigurosos. Sin embargo, se pueden aventu-

rar algunas inferencias al respecto con la información analizada.

En primer lugar, los datos usados en este artículo reflejan *inconsistencias significativas* en la relación entre la *tasa de incidencia* y la *efectividad interna* de cada estado en la persecución de casos:

- *El Estado de México tiene una tasa de incidencia de 0.82, pero su efectividad en el ejercicio de la acción penal es solo del 11 %.*
- *Chihuahua, con una tasa de 1.07 (30 % mayor que la del Estado de México), muestra una mejor efectividad interna (30 %), lo que indica que, pese a enfrentar un volumen mayor de casos en términos relativos, su sistema de justicia penal logra llevar a juicio un porcentaje significativamente más alto de investigaciones.*

En segundo lugar, la *incidencia absoluta* tampoco parece ser un factor determinante en la capacidad de persecución penal:

- *La Ciudad de México, con 490 carpetas iniciadas, tiene una efectividad del 61 %, la más alta del país.*
- *Zacatecas, con solo 41 carpetas iniciadas, presenta una efectividad del 10 %, lo que evidencia que, incluso con una menor carga de trabajo, la conversión de investigaciones en procesos judiciales es baja.*

Estos contrastes demuestran que la *cantidad de casos en sí misma no define la eficiencia del sistema judicial en cada entidad*. Más bien, *factores internos* parecen ser determinantes en la capacidad de persecución y resolución de casos.

El análisis anterior asume que *todas las carpetas de investigación abiertas son viables para llegar a juicio*; sin embargo, esto *no es ideal*. En la práctica, *no todas las carpetas deben necesaria-*

mente traducirse en procesos judiciales, pues no toda denuncia representa un verdadero delito.

Existen diversas determinaciones que pueden impedir la judicialización de una carpeta, tales como:

- *Abstención de investigar*, cuando no hay elementos suficientes para iniciar una indagatoria.
- *Archivo temporal*, en casos en los que no se cuenta con información suficiente para continuar la investigación.
- *Criterios de oportunidad*, que permiten suspender la persecución penal bajo ciertas condiciones.
- *No ejercicio de la acción penal*, cuando no se reúnen los elementos necesarios para sostener una acusación.

Para obtener una visión completa y precisa sobre el desempeño de las fiscalías, es fundamental *considerar estos factores* y no limitarse únicamente al número de carpetas iniciadas.

No obstante, aunque se ajustara el análisis para excluir las carpetas inviables, es *poco probable que los estados con una efectividad menor al 20 % logren una mejora significativa*. En entidades como *Baja California (9 %) o Zacatecas (10 %)*, los problemas estructurales en la investigación y persecución parecen *tan profundos que eliminar los casos no viables no bastaría para mejorar su desempeño de manera sustancial*.

Dado que no hay una correlación clara entre incidencia y efectividad, es necesario realizar *estudios exploratorios* que permitan identificar *qué factores contribuyen o dificultan el ejercicio de la acción penal en los casos*. Sería necesario realizar investigaciones de tipo cualitativo (con entrevistas y estudios de caso) y comparativo para detectar los factores organizacionales que generan estas capacidades.

Estos estudios deberían enfocarse en *entidades con una capacidad alta y moderada (como la Ciudad de México, Chihuahua y Quintana Roo)* contrastándolas con entidades con una capacidad baja (como Baja California, el Estado de México y Zacatecas). Algunas variables que podrían investigarse y que podrían influir en este desempeño incluyen:

- *La efectividad de la policía y la colaboración interinstitucional*, que pueden facilitar el desarrollo de investigaciones preliminares y contribuir al esclarecimiento de los hechos.
- *La tolerancia social al delito y la disposición a colaborar con las autoridades*, lo que puede influir en la cantidad de denuncias y en la disposición de testigos y víctimas para cooperar con la investigación.
- *La existencia de fiscalías especializadas en trata de personas, sus recursos y su organización interna*, ya que estas pueden optimizar la integración de casos sólidos y acelerar su persecución al concentrar recursos y personal capacitado en la materia.
- *La implementación de políticas o modelos de gestión que establezcan plazos específicos para la resolución de casos*, lo que evita la acumulación de investigaciones sin determinación.
- *El liderazgo personal dentro de las instituciones*, donde la gestión y el compromiso de las autoridades a cargo pueden tener un impacto directo en la eficiencia del sistema de justicia penal.

La identificación de estas *buenas prácticas* permitiría replicar modelos exitosos en otras entidades con menor desempeño, lo cual mejoraría la capacidad de persecución del delito a nivel nacional.

6. Referencias

- CASTAÑÓN, Araly, “Feminicidios en Juárez: 16 víctimas del «El Navajo» aún no tienen justicia” [en línea], *Ciper*, 4 de agosto de 2015. <https://www.ciperchile.cl/2015/08/04/femicidios-en-juarez-16-victimas-del-caso-el-navajo-aun-no-tienen-justicia/>
- CNPP: Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, artículo 258. Última reforma publicada el 16 de diciembre de 2024.
- CNDH: Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de la trata de personas en México 2021. Procuración e impartición de justicia* [en línea], 2021. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2021-12/DIAGNOSTICO_TDP_2021.pdf
- ESTRADA, Jesús, “Fiscalía de Chihuahua investiga trata de menores en albergue” [en línea], *La Jornada*, 12 de noviembre de 2024. <https://www.jornada.com.mx/noticia/2024/11/12/estados/fiscalia-de-chihuahua-investiga-trata-de-menores-de-albergue-1808>
- US Mission to Mexico, Reporte sobre trata de personas 2023, *Embajada de Estados Unidos en México*, 2023. <https://mx.usembassy.gov/es/reporte-sobre-trata-de-personas-2023/>
- VALDÉS, Ivonne, “Las autoridades hallan a 17 mujeres consideradas posibles víctimas de trata de personas en Quintana Roo” [en línea], *CNN México*, 20 de mayo de 2024. <https://cnnespanol.cnn.com/2024/05/20/17-mujeres-victimas-trata-personas-quintana-roo-orix>
- VALLE, Landi, “Fresnillo, epicentro de la trata” [en línea], *NTR Zacatecas*, 26 de agosto de 2024. <https://ntrzacatecas.com/2024/08/fresnillo-epicentro-de-la-trata/>

7. Anexo

Carpetas iniciadas, causas penales, porcentaje de judicialización nacional y porcentaje de efectividad interna

Estado	Carpetas iniciadas	Causas penales	Efectividad interna
Aguascalientes	13	3	23 %
Baja California	169	16	9 %
Baja California Sur	17	2	12 %
Campeche	12	3	25 %
Chiapas	94	40	43 %
Chihuahua	159	47	30 %
Ciudad de México	490	299	61 %
Coahuila de Zaragoza	33	12	36 %
Colima	2	-	0 %
Durango	4	2	50 %
Estado de México	397	42	11 %
Guanajuato	20	28	140 %
Guerrero	54	-	0 %
Hidalgo	49	8	16 %
Jalisco	38	-	0 %
Michoacán de Ocampo	46	6	13 %
Morelos	22	23	105 %
Nayarit	10	9	90 %

Estado	Carpetas iniciadas	Causas penales	Efectividad interna
Nuevo León	201	48	24 %
Oaxaca	55	-	0 %
Puebla	108	27	25 %
Querétaro	32	7	22 %
Quintana Roo	77	20	26 %
San Luis Potosí	43	9	21 %
Sinaloa	26	1	4 %
Sonora	4	2	50 %
Tabasco	40	12	30 %
Tamaulipas	34	2	6 %
Tlaxcala	51	26	51 %
Veracruz de Ignacio de la Llave	44	8	18 %
Yucatán	41	2	5 %
Zacatecas	41	4	10 %

Fuente: Elaboración propia con datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública y de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de la trata de personas en México 2021. Procuración e impartición de justicia*, 2021.

Revista Penal México 27

• julio • diciembre 2025 •

e-ISSN: 3061-7324



**Culpabilidad por defecto
de organización:**
¿Una nueva categoría del derecho
penal europeo?

*Organizational Fault as Guilt: A New Category
of European Criminal Law?*

• **Luigi Foffani** •

Universidad de Módena y Reggio Emilia
Profesor ordinario de Derecho penal

Culpabilidad por defecto de organización:
¿Una nueva categoría del derecho penal europeo?

Organizational Fault as Guilt: A New Category of European Criminal Law?

• Luigi Foffani • Universidad de Módena y Reggio Emilia •

Fecha de recepción
14-04-2025

Fecha de aceptación
26-05-2025

Resumen

En el ámbito propio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas existe un amplio debate por el elemento culpabilidad. En particular, por fundamentar la culpabilidad en el defecto de organización. En este artículo, se analizan los avances en el derecho penal europeo para incorporar esta categoría dogmática.

Palabras clave

Personas jurídicas, culpabilidad, derecho penal europeo, protección de intereses financieros.

Abstract

In the field of criminal liability of legal entities, there is a broad debate regarding the element of culpability. In particular, with respect to the grounding of culpability based on organizational defect. The paper analyzes the advances in European criminal law toward incorporating this standard.

Keywords

Legal entities, culpability, European criminal law, protection of financial interests.

Sumario

1. Introducción. La categoría penal de la culpabilidad de organización. / 2. El formante legislativo europeo: el “modelo PIF”. / 3. ¿Hacia un derecho sancionador europeo unificado e indiferenciado? / 4. Culpabilidad de la organización y cultura del *compliance*. / 5. El factor cultural-doctrinal: Klaus Tiedemann y la idea de un *Organisationsverschulden*. / 6. El factor legislativo nacional: modelos organizativos, práctica empresarial y la “fábrica de la dogmática”. / 7. Conclusiones: ¿hacia una actualización del modelo europeo? / 8. Referencias.

1. Introducción. La categoría penal de la culpabilidad de organización

Con el concepto de *culpabilidad por defecto de organización*, nos encontramos ante una nueva categoría jurídico penal, destinada a marcar el inicio de este siglo y que es el resultado directo de la política criminal europea, más que de un acercamiento cultural espontáneo de las distintas corrientes de la doctrina europea.

En realidad, se trata de una categoría en la que podemos identificar la convergencia de tres de los factores (o formantes) del derecho:

- un formante legislativo europeo;
- un formante legislativo nacional;
- un formante cultural-doctrinal.

2. El formante legislativo europeo: el “modelo PIF”

En primer lugar, en el *formante legislativo europeo*, la *culpabilidad por defecto de organización* implica naturalmente la responsabilidad penal de entidades colectivas: personas jurídicas y —en función de las diferentes soluciones adoptadas a nivel nacional— asociaciones, incluidas las que carecen de per-

sonalidad jurídica, sociedades mercantiles, empresas privadas o de titularidad pública, etcétera.¹ La responsabilidad de las perso-

¹ En cuanto a la definición y delimitación de las entidades colectivas sujetas a responsabilidad *ex delicto*, las soluciones adoptadas por los distintos ordenamientos jurídicos europeos difieren significativamente: mientras que el legislador italiano ha adoptado, en el artículo 1 del Decreto Legislativo 231/2001, la fórmula de “entes dotados de personalidad jurídica” y “sociedades y asociaciones, incluidas las que carecen de personalidad jurídica”, el legislador español, en cambio, se ha mantenido anclado en el requisito fundamental de la personalidad jurídica (Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell’articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300. (GU n.140 del 19-6-2001), decreto legislativo, núm. 231, *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Italia, 8 de junio de 2001 y Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, España, 23 de noviembre de 1995, artículo 31 *bis*). En cambio, el legislador italiano ha eximido de responsabilidad a la generalidad de los organismos públicos que no ejercen una actividad económica, así como a los que ejercen funciones de importancia constitucional,

nas jurídicas representa la consecuencia más llamativa y significativa de treinta años de política criminal penal europea. Aunque impenable hace quince o veinte años, la tendencia político-penal hacia la responsabilización de las personas jurídicas ha ganado terreno rápidamente, hasta el punto de que se ha convertido en mayoritaria en el continente europeo.

La única excepción hasta ahora, y el último bastión, junto a Grecia, en defender la vigencia del dogma tradicional de *societas delinquere non potest*, ha seguido siendo el ordenamiento jurídico del país miembro económicamente más importante de la Unión Europea, es decir, Alemania; pero también aquí parece haber cuajado la idea de una re-

forma en el sentido de la responsabilidad *ex delicto* de las entidades, con el proyecto —ya presentado y ampliamente debatido durante la pasada legislatura—² de una “ley para el fortalecimiento de la integridad en la economía” (*Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*), cuyo artículo 1 contiene una Ley Sobre Sanciones contra Delitos Relacionados con Entidades Colectivas (*Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten* (*Verbandssanktionengesetz-VerSanG*)).

El proyecto —que no prevé ninguna reforma del Código Penal ni de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— representa una especie de “microcódigo” (tanto sustantivo como procesal) sobre la responsabilidad de las personas jurídicas e introduce nuevos conceptos, como la *responsabilidad de la persona jurídica* (*Verbandsverantwortlichkeit*), el *hecho de la persona jurídica* (*Verbandstat*) y las *sanciones a la persona jurídica* (*Verbandssanktionen*), que consisten, bien en la *multa a la persona jurídica* (*Verbandsgeldsanktion*), o bien, en el *apercibimiento con suspensión de multa a la persona jurídica* (*Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt*), lo que implica dejar abierta la posible imposición de una multa, en caso de incumplimiento de las condiciones u obligaciones prescritas en el apercibimiento.

como los partidos políticos y los sindicatos. En España, en cambio, se ha renunciado expresamente al privilegio relativo a los partidos políticos y los sindicatos, mientras que en un sistema como el neerlandés —al que cabe atribuir el papel histórico de pionero en la aparición de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el contexto de la Europa de *Civil Law* (que se remonta a 1822 para los delitos fiscales y aduaneros; a 1950, para los delitos económicos, y a 1976, para la generalidad de los delitos)— se ha superado incluso el “tabú” de la responsabilidad penal de las entidades públicas, que ahora está expresamente reconocida por la jurisprudencia en relación con las administraciones territoriales, con fuertes presiones para extenderla también a las administraciones estatales. Cfr. sobre este punto, John A. E. Vervaele, “*Societas/Universitas delinquere et puniri potest*: 65 años de experiencia en Holand”, en Miguel Ontiveros Alonso (ed.), *La responsabilidad penal de personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 523-570.

2 En la página web del Ministerio Federal de Justicia [*Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* (Stand 22. Juni 2020)], junto al texto del proyecto de ley, aparece una monumental serie de opiniones y tomas de posición de las más diversas procedencias (académicas, profesionales, asociaciones gremiales, etcétera) que dan fe de la extraordinaria riqueza del debate sobre una reforma de trascendencia histórica para el ordenamiento jurídico alemán.

El legislador alemán, por tanto, también parece haber emprendido el camino de la aceptación del impulso europeo, ya que ha trazado la línea de un nuevo y original *tertium genus* entre el *Strafrecht* y el *Ordnungswidrigkeitenrecht*, es decir, entre los sistemas tradicionales de infracción penal y administrativa. Toda la arquitectura del proyecto legislativo de la Ley para el Fortalecimiento de la Integridad en la Economía, e incluso su lenguaje normativo, parecen innovadores y alejados de la inspiración puramente penal de las leyes de lucha contra la criminalidad económica del siglo pasado.³

La estrategia y filosofía del legislador alemán actual (marcada por el impulso europeo) no es ni la de la represión penal pura y dura, ni la de la mera prevención administrativa, sino la de una nueva forma de control y orientación social de la actividad económica mediante un arsenal jurídico sin precedentes, que se centra en la cooperación y la colaboración activa de los agentes económicos: medidas de *compliance*, investigaciones internas en las empresas, regulación de la delación, obligaciones en caso de suspensión de la multa a la persona jurídica, etcétera.

Una línea sustancialmente similar ya había sido adoptada hace unos años por el legislador austriaco con la *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* de 2006, en la que no existe una

definición “clásica” de la naturaleza jurídica de las sanciones y de la correspondiente responsabilidad de las personas jurídicas.⁴

Por lo tanto, si el legislador alemán diera este último y decisivo paso con la nueva presentación y aprobación del citado proyecto, sería obviamente una novedad de trascendencia histórica y emblemática, casi una especie de ocaso del principio *societas delinquere non potest* en todo el continente europeo y, al mismo tiempo, una especie de afirmación definitiva del impulso político-criminal supranacional surgido a finales del siglo xx al hilo de la campaña de protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

Pero la *tendencia* político-criminal hacia la responsabilidad *ex-crimine* de las personas jurídicas y de las entidades colectivas en general no puede describirse únicamente como un movimiento continental inspirado por la Unión Europea. Otros organismos supranacionales —desde la Organización de las Naciones Unidas (ONU) hasta la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), pasando por el Consejo de Europa—,⁵ a partir de numerosas iniciativas

3 Se hace referencia a la primera y segunda Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica (*Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* (WIKG)) de 29 de julio de 1976 (BGBl., I, 1976, 2034) y de 23 de mayo de 1986 (BGBl., I, 1986, 721), que marcaron la fisonomía del derecho penal económico alemán moderno y ejercieron asimismo una importante influencia en el derecho comparado.

4 Véase a este respecto la reseña del Instituto Suizo de Derecho Comparado, Johanna Fournier, Maren Langhorst, Jacqueline van den Bosch y Carole Viennet, *Strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Sanktionierung von Unternehmen bei der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten* (Deutschland, Frankreich, Niederlande, Österreich), *Strafbarkeit von Unternehmen*, Suiza: Instituto Suizo de Derecho Comparado, 30 de abril de 2019, pp. 71 y ss. <https://www.isdc.ch/media/1859/e-2019-09-18-073-strafrechtliche-sanktionierung.pdf>

5 Baste recordar aquí, entre las más significativas, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida, 9-11 de

nacionales e internacionales de lucha contra la corrupción, presionan decididamente en la misma dirección, y recientes reformas, especialmente en América Latina, extienden como la pólvora la erosión —cuando no el desmantelamiento— del tradicional dogma *societas delinquere no potest*.⁶

Es cierto que el impulso europeo ha sido ambivalente y ambiguo desde el principio: siempre dirigido a exigir responsabilidad y sanciones penales para las personas físicas y a hacer a las personas jurídicas “responsables de los delitos” (esta es la expresión utilizada), pero sin exigir ni afirmar inequívocamente la naturaleza penal de la responsabilidad y de las sanciones correspondientes.

Esta ambivalencia y ambigüedad del impulso supranacional fue también, probablemente, uno de los secretos del rápido y rotundo éxito de la iniciativa europea, que

permitió soluciones “a la italiana” (responsabilidad de la persona jurídica por *infracción administrativa dependiente de delito*), “a la española” (responsabilidad penal de la persona jurídica) y “a la germánica” (responsabilidad por delito *sui generis* y sin más definiciones). Esta última solución, fue ya adoptada por Austria y posteriormente, de manera más reciente, por el proyecto alemán antes citado.

Desde el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las comunidades europeas (1997)⁷ hasta nuestros días, la fórmula de la exigencia de responsabilidad de las personas jurídicas se ha repetido ritualmente en todas las iniciativas europeas (convenios, acciones comunes, decisiones marco y, más recientemente, directivas penales post-Lisboa), sin cambiar jamás de esquema, premisa y contenido.

En pocas palabras, estos son los componentes básicos del modelo europeo:

- Un delito (principal) cometido en beneficio (o en provecho o con ánimo de lucro) de la persona jurídica;
- un delito cometido por un alto directivo o un subordinado de la persona jurídica;
- una falta de supervisión o control que haya hecho posible el acto ilícito subordinado;
- y, por último, una lista detallada (puramente ilustrativa) de sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (sin

diciembre de 2003), que en su artículo 26 recuerda expresamente la necesidad de sancionar también las personas jurídicas por actos de corrupción; el Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones internacionales (París, 17 de diciembre de 1997); el Convenio relativo a la lucha contra la corrupción de funcionarios de la UE o de sus Estados miembros (Bruselas, 28 de septiembre de 2005); el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa (Estrasburgo, 27 de enero de 1999).

6 En el mundo latinoamericano, el primer país en adoptar la responsabilidad *penal* de las *personas jurídicas* —bajo la presión e influencia directa de la OCDE— fue Chile. Véase Héctor Hernández Basualto, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9, 2010, pp. 207 y ss.

7 Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, Acto del Consejo, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. 221, 19 de junio de 1997, pp. 11-22. Registro: 97/C 221/02.

ninguna mención al carácter penal y no administrativo o híbrido de estas sanciones).

Este modelo es muy ágil y esbelto, esencial y flexible para la construcción de la responsabilidad de las personas jurídicas; se trata del *modelo PIF*, si queremos llamarlo así, pues nació con ocasión y bajo el impulso del primer Convenio para la Protección de los Intereses Financieros Europeos (PIF), que introdujo la exigencia político-criminal que de estipular la responsabilidad de las personas jurídicas. Su más lograda y reciente definición normativa se encuentra en la Directiva penal de 2017 para la lucha contra el fraude contra los Intereses Financieros Europeos (Dir. 2017/1371/UE).⁸

3. ¿Hacia un derecho sancionador europeo unificado e indiferenciado?

El silencio de las iniciativas europeas sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad de las personas jurídicas —junto con la variedad de las respuestas de los ordenamientos jurídicos nacionales— revela más bien una sustancial indiferencia del legislador europeo respecto de la naturaleza (penal en sentido estricto o administrativo-penal) de la responsabilidad. Lo que caracteriza hoy a este ámbito de la responsabilidad de las personas

jurídicas —en una dimensión comparada europea— es esencialmente una plena fungibilidad de la naturaleza de esta: la responsabilidad de las personas jurídicas constituye la máxima expresión (la punta de lanza) en la construcción de un *Sanktionsrecht* europeo homogéneo, en el que las fronteras tradicionales entre derecho penal y derecho administrativo sancionador parecen difuminarse y desdibujarse, en consonancia con el desarrollo del concepto euroconvencional de “materia penal”.⁹

Son varios los ámbitos en los que emerge hoy la tendencia hacia un derecho administrativo sancionador hiperpunitivista y alter nativo (o en competencia) a las sanciones penales: desde la normativa (europea y nacional) de la protección de la competencia a la regulación del abuso de mercado;¹⁰ pero

⁸ Lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal, Directiva (UE) 2017/1371, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 5 de julio de 2017. Registro: L 198/29. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L1371>

⁹ Sobre este proceso histórico, véanse en particular, las reflexiones pioneras de Klaus Tiedemann, “Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Generalbericht”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 110, núm. 2, 1998, pp. 497 y ss., formuladas con ocasión del seminario de la *Gesellschaft für Rechtsvergleichung* en Graz, 24-27 de septiembre de 1997. Véanse también, en el mismo lugar, los informes nacionales de L. Arroyo Zapatero para España y de Carlo Enrico Paliero para Italia; este último publicado también en versión revisada en italiano: “La fabbrica del Golem: Progettualità e metodologia per la ‘Parte Generale’ di un Codice Penale dell’Unione Europea”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, pp. 466 y ss.

¹⁰ Me remito en este punto a lo ya escrito en Luigi Foffani, “Verso un modello amministrativo di illito e sanzione di impresa ‘iper-punitivo’ e fungibile alla sanzione penale?”, en Massi-

la responsabilidad de las personas jurídicas presenta una peculiaridad distinta: una plena *fungibilidad entre lo penal y lo administrativo*, que precisamente se revela de la manera más evidente, por ejemplo, cuando se comparan dos disciplinas nacionales como la italiana y la española, casi idénticas en estructura y contenido y divergentes solo en que la primera adopta una etiqueta formal administrativa y la segunda, una penal. Se trata de una diferencia que apenas se nota en la práctica, si se observa el funcionamiento concreto de los dos sistemas.

4. Culpabilidad de la organización y cultura del *compliance*

Otro aspecto fundamental sobre el que el *formante legislativo europeo* guarda esencial silencio es el de la *culpabilidad* de la persona jurídica, esto es, la posibilidad de que una de las categorías más emblemáticas y portantes de la responsabilidad penal clásica de la persona física pueda transmigrar o ser, de algún modo, adoptada, *mutatis mutandis*, en el diferente mundo de la responsabilidad de las entidades colectivas.

El modelo de imputación a la persona jurídica descrito en las iniciativas político-criminales europeas es extremadamente limitado y se reduce únicamente a la *ventaja* (o *beneficio o lucro*) de la persona jurídica y a la *falta de control o falta de supervisión*. Esto es, a todas luces, demasiado poco para poder afirmar que el modelo europeo de responsabilidad de las personas jurídicas se basa realmente en una idea de culpabilidad o de-

fecto organizativo (entendida como síntoma de imputación subjetiva). Por el contrario, esta idea surge en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de infracciones contra la libre competencia¹¹ (es decir, en uno de esos ámbitos

¹¹ Dado que la disciplina *antitrust* —tanto a nivel europeo como nacional (en Italia con la ley núm. 287 de 10 de octubre de 1990)— prevé las infracciones de las empresas y no las de las personas físicas (abuso de posición dominante, acuerdos ilícitos, violación de las prohibiciones de concentración), es necesario —para evitar el riesgo de una mera responsabilidad objetiva— buscar dentro de la empresa un elemento de reproche de la infracción que pueda definirse como culpabilidad o defecto de organización. Sobre este punto, véase Anna Maria Maugeri, “Il sistema sanzionario comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali”, en Giovanni Grasso y Rosaria Sicurella (ed.), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milán: Giuffrè, 2007, p. 207 ss. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, son particularmente expresivas de tal orientación las Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Volkswagen AG vs. Comisión de la Comunidad Europea, asunto T-62/98, Tribunal de Justicia, Sala sexta, Unión Europea, 17 de octubre de 2002. Registro: C-338/00 P, § 62 y ss., y en el mismo asunto, el Tribunal de Justicia de la Comisión Europea (TJCE), 18 de septiembre de 2003, Volkswagen AG, C-338/00 P, § 91. Comisión y Tribunal parten “de una noción normativa de culpabilidad, referida a una culpabilidad propia de la empresa. [...] La referencia a la culpabilidad propia de la empresa no sería, sin embargo, más que el reconocimiento de un defecto de organización por la que no se tendrían en cuenta los diversos actos objetivamente ilícitos cometidos por determina-

mo Donini y Luigi Foffani (eds.), *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, Turín: Giappichelli, 2018, pp. 249 y ss.

dos empleados” (p. II-2707, apartado 2234). Más recientemente, véanse, por ejemplo, las Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott, Schindler Holding Ltd y otros contra Comisión Europea, asunto T138/07, Tribunal de Justicia, Sala quinta, Unión Europea, 18 de abril de 2013, § 97 y ss. Registro: C-501/11 P, en las que se alude expresamente al principio de culpabilidad como criterio fundamental y limitación para la aplicación a la empresa de las sanciones previstas en la normativa de *defensa de la competencia*, y se hace hincapié en el *programa de cumplimiento* y en su aplicación efectiva como posible causa de exclusión del “reproche por defecto de organización” (§ 97): “En efecto, no es posible afirmar *a priori* la existencia de un *programa de cumplimiento* operativo cuando una o varias de las filiales participadas al 100 % han sido culpables, durante un período de varios años, de infracciones de tal gravedad contra las normas de competencia del mercado interior europeo, como quedó acreditado en el caso de la participación de Schindler en el cártel relativo a los ascensores en Alemania, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo” (§ 98). “Puede ocurrir que un *programa de cumplimiento* no consiga razonablemente evitar ni la más mínima infracción. Pero un *programa de cumplimiento* que funcione correctamente debe ser capaz de prevenir eficazmente las infracciones graves y persistentes del cártel, así como de sacar a la luz las infracciones cometidas y ponerles fin inmediatamente” (§ 99). “El mero hecho de que, por regla general, se advierta a los empleados de una empresa, en el contexto de un *programa de cumplimiento*, de que actúen legalmente no puede bastar para eximir a la empresa de su responsabilidad en materia de cárteles. Si, de hecho, a pesar de dicho *programa de cumplimiento*, se han cometido infracciones graves de cártel durante varios años, cabe suponer que los esfuerzos internos de la empresa en materia de cumplimiento no han sido suficientes y, en particular, que no se han ofrecido incentivos adecuados a los empleados de

regidos por un derecho administrativo sancionador hiperpunitivo al que antes me refería). A nivel internacional, la idea de una culpabilidad de la persona jurídica y de una “cultura de cumplimiento normativo” subyacente emerge en los documentos más recientes de la OCDE; el primero de ellos, una recomendación de 2009 y su anexo, que contiene el Good Practice Guidance on Internal Controls Ethics and Compliance.¹²

5. El factor cultural-doctrinal: Klaus Tiedemann y la idea de un *Organisationsverschulden*

Pero el concepto de *culpabilidad por defecto de organización* nació históricamente del *formante cultural-doctrinal* que partió del concepto de *Organisationsverschulden*, acuñado por el difunto Klaus Tiedemann,¹³ a quien todos recordamos como el mayor maestro del derecho penal económico en Europa. Este concepto penetró de forma, quizá, sorprendente, pero extremadamente eficaz, en el *formante legislativo-nacional* de varios países miembros de la Unión Europea.

la empresa para que se abstengan de adoptar conductas ilícitas” (§ 132).

12 OCDE, “Anexo II: Guía de Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y Cumplimiento”, en *Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, 26 de noviembre de 2009.

13 Véase, por ejemplo, Klaus Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5ª ed., München: Vahlen, 2017.

Retomando una eficaz observación de Paliero:¹⁴

[...] una vez abandonado el dogma *societas delinquere non potest*, y atribuido a la (no) persona jurídica el papel de destinataria de la imputación y de la sanción penal, el paradigma del *persönliches Unrecht* no fue archivado en su totalidad, renunciando así definitivamente a una conexión personalista entre ‘hecho-delito’ y ‘sujeto de sanción’. Por el contrario, se ha producido una auténtica *búsqueda de la culpabilidad* en la *responsabilidad* de la persona jurídica; es decir, a la subjetivización del hecho ilícito de la persona jurídica, del *kollektives Unrecht*, precisamente en término de reproche personal. En casi todo el panorama europeo se ha tratado de identificar un modelo de imputación que estuviese conectado —de la misma manera que la imputación físico-individual— a un núcleo de reprochabilidad ético-social; con ello se ha superado la tradicional objeción de una ‘*incapacidad de culpabilidad* de la persona jurídica’, motivada por la imposibilidad de encontrar en esta una *voluntad* (pseudo) psicológicamente tipificada y, por tanto, de imponer a la persona jurídica un reproche susceptible de ser percibido socialmente.¹⁵

6. El factor legislativo nacional: modelos organizativos, práctica empresarial y la “fábrica de la dogmática”

Este núcleo de reproche ético-social a la persona jurídica es el que se ha construido —tanto en el ordenamiento jurídico italiano como en el español, entre otros— sobre la figura jurídica de los *modelos de organización y gestión para la prevención de delitos*.

El modelo de organización y gestión —y la filosofía o cultura del llamado *cumplimiento normativo* que subyace a tales modelos— ha experimentado una extraordinaria difusión en este comienzo del nuevo siglo, tanto a nivel de la práctica de la autoorganización empresarial (especialmente de las grandes empresas, ya sean nacionales o multinacionales), como a nivel de las legislaciones nacionales.

El “modelo 231” de la legislación italiana es quizás una de las expresiones más evolucionadas de esta filosofía *del compliance* y ha sido recogido expresamente en varias experiencias nacionales más recientes, desde España¹⁶

¹⁴ Carlo Enrico Paliero, “La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, vol. 31, núm. 1-2, 2018, p. 186.

¹⁵ Véase de nuevo, Carlo Enrico Paliero, “Colpa di organizzazione e persone giuridiche”, en Massimo Donini (ed.), *Enciclopedia del diritto. Reato colposo*, vol. 2, Milán: Giuffrè, 2022, p. 65.

¹⁶ El artículo 31 *bis* del Código Penal español, introducido en 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) y reformulado en 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), recoge casi literalmente el contenido de los artículos 5 a 7 del decreto legislativo 231/2001 italiano, con la única excepción de la inversión de la carga de la prueba sobre la entidad, en el caso del delito cometido por una persona de rango superior; dicha inversión, por lo demás, es muy reducida en su alcance incluso en el “sistema 231”, sobre la base de la evolución más reciente de la jurisprudencia de la Corte de Casación. *Vid.* Corte Suprema di Cassazione, Thyssenkrupp: le condanne inflitte

hasta América Latina (Chile, Perú, Colombia, Ecuador, México).¹⁷

Si la falta de adopción de un modelo organizativo o su aplicación inadecuada pueden constituir la “culpabilidad de la entidad”, el caso de la comisión de delitos cometidos por personas físicas vinculadas a la organización empresarial (como vértices o subordinados) es una cuestión aún abierta. El debate es intenso y es necesario profundizar en él.

Mientras *el fundamento de la imputación de las personas jurídicas* desde un punto de vista político-criminal es ahora obvio y está fuera de toda duda —especialmente en lo que se refiere a la relación entre empresa y criminalidad económica—, *el fundamento jurídico-sistemático de la imputación* sigue siendo problemático no solo en Italia, sino también en toda Europa.

Las preguntas son múltiples. En los supuestos de responsabilidad de las personas

jurídicas, ¿existe una pluralidad de infracciones (“infracción administrativa proveniente de delito”, como dice el artículo 1 del Decreto Legislativo 231/2001) o más bien una infracción única? Y, en este último caso, ¿cuál sería el esquema dogmático de referencia? ¿Una concurrencia de personas físicas y jurídicas en el mismo delito? ¿Una falta de prevención por parte de la persona jurídica del delito cometido por la persona física? ¿Un concepto autónomo de culpabilidad de la persona jurídica?

Como es bien sabido, las claves de interpretación pueden ser —y son— de lo más variado. Queda abierta —como efectivamente se ha observado— la “búsqueda de la culpabilidad en la responsabilidad” de la persona jurídica.¹⁸

En la jurisprudencia italiana más reciente y significativa —en particular en la sentencia del pleno del Tribunal Supremo italiano sobre el asunto *ThyssenKrupp*— se ha abierto paso, en cualquier caso, al paradigma de la “culpabilidad por defecto de organización”,¹⁹ junto a la visión ecléctica de una responsabilidad de las personas jurídicas como un *tertium genus* entre lo penal y lo administrativo, es decir, una especie de responsabilidad parapenal.

El sistema 231, como mantiene el Pleno (le Sezioni Unite),²⁰ prevé la necesidad del llamado defecto de organización:

[...] aquí el reproche se refiere a la persona jurídica y no a la persona que actuó por ella.

andranno ridefinite, ma non aumentate, sentenza núm. 38343, 18 de septiembre de 2014, sobre el caso *Thyssenkrupp*, así como la más reciente Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 23401, sezione VI, 11 de noviembre de 2021, sobre el caso *Impregilo*, con nota de Carlo Piergallini, “Una sentenza ‘modello’ della Cassazione pone fine alla estenuante vicenda ‘Impregilo’”, *Sistema Penale*, 27 de junio de 2022.

¹⁷ Para una rápida visión de la penetración y evolución de la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en los sistemas latinoamericanos, véase Dino Carlos Caro Coria, “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los *criminal compliance programs* como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica”, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm. 123, 2019, p. 117 y ss.

¹⁸ Carlo Enrico Paliero, “La colpa di organizzazione”, *op. cit.*, p. 186.

¹⁹ Corte Suprema di Cassazione, *Thyssenkrupp*, *op. cit.*

²⁰ *Ibidem*, p. 203.

[...] Es necesario, por tanto, reconstruir de otra manera lo que habitualmente se denomina defecto de organización, considerando su connotación puramente normativa. Debe considerarse que el legislador, guiado por el conocimiento de las connotaciones criminológicas de los delitos inspirados por organizaciones complejas, pretendió imponer a dichas entidades la obligación de adoptar las precauciones necesarias para prevenir la comisión de determinados delitos, mediante la ejecución de iniciativas organizativas y de gestión para evitarlos. Estas precauciones deben plasmarse en un documento, un modelo que identifique los riesgos y exponga las medidas para contrarrestarlos. El incumplimiento de esta obligación establece el reproche, el defecto de organización. [...] La responsabilidad de la persona jurídica se basa en el defecto de organización.

Sobre la base de esta evolución jurisprudencial, en definitiva, y retomando las palabras de *Paliero*, se puede afirmar que “la fábrica de la dogmática dentro de los límites de este nuevo derecho [penal de las personas jurídicas] queda abierta” más que nunca.²¹ En el futuro será decisivo el diálogo entre auto-normación de la persona jurídica y el “formante institucional” del Poder Judicial.

Sólo en la medida en que este último acepte como normas tipificadoras (y por tanto, que eximan de responsabilidad) los protocolos de gestión de riesgos generados por la propia persona jurídica, en primer lugar *reconociéndolos* (es decir, valorando su idoneidad a la luz de las *best practices* de la categoría) y des-

pués *valorando* su aplicación concreta (es decir, verificando su efectiva implementación), la responsabilidad ‘ex 231’ podrá definirse como ‘*culpable*’ en el sentido expresado por el artículo 27, párrafo I, de la Constitución italiana.

Parece que la más reciente y madura jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano (Corte di Cassazione) está tomando esta orientación; se alude, en particular, a la sentencia que finalmente puso fin a la larga peripecia judicial de la empresa Impregilo,²² que aporta una contribución fundamental a la reconstrucción del concepto de *defecto de organización*.²³ La sentencia —como efectivamente se ha observado— “destila una ‘modernidad’ pionera, en la que ‘reconoce’ y ‘legitima’ el papel de la *autorregulación* en la ‘validación’ del modelo de organización”; reconstruye la infracción de la persona jurídica como un auténtico delito culposo, puesto que interpreta ‘el defecto de organización’ como una violación de las normas cautelares específicas integradas en el modelo de organización de la persona jurídica elaborado sobre la base de las directrices o líneas-guía de las asociaciones profesionales.

²¹ Carlo Enrico Paliero, “La colpa di organizzazione”, *op. cit.*, p. 218.

²² Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 23401, *op. cit.* La primera sentencia de la Corte de Casación sobre el caso Impregilo es Corte Suprema di Cassazione, Reato di aggiottaggio e modello organizzativo non idoneo, sentenza núm. 4677, sezione V, 30 de enero de 2014, con nota de Carlo Enrico Paliero, “Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?”, *Le Società*, núm. 4, 2014, pp. 474 y ss.

²³ Carlo Piergallini, “Una sentenza ‘modello’”, *op. cit.*, p. 6.

“El fundamento de la responsabilidad de la entidad” —reconocen claramente los jueces de la legitimidad— “está constituido por la ‘falta de organización’; es este *déficit* organizativo el que permite la plena y fácil imputación a la entidad de la infracción penal”.²⁴ El modelo de organización y gestión:

[...] constituye uno de los elementos que contribuyen a configurar o no la culpabilidad de la entidad, en el sentido de que la reprochabilidad de esta y, en consecuencia, que se le impute el delito, se vinculan a la inadecuación o ineficaz implementación del propio modelo, según una concepción normativa de la culpabilidad: en pocas palabras, la entidad es responsable en la medida en que no ha configurado una organización adecuada, omitiendo observar las reglas cautelares que deben caracterizarla, según las líneas dictadas por el citado artículo 6 [del Decreto Legislativo 231/2001].²⁵

A continuación, al tratar de definir “el parámetro sobre el que debe calibrarse la adecuación del modelo organizativo”, el Tribunal Supremo subraya que:

[...] el camino relativo a los criterios para el diseño e implantación del modelo por parte de la persona jurídica es el resultado de un proceso de autonormación, en el que es la empresa, teniendo también en cuenta las indicaciones de las asociaciones profesionales, la que identifica las precauciones a adoptar para reducir el riesgo de comisión de delitos. Existe, por tanto, la necesidad de que el mo-

delo sea lo más *singular posible*, pues sólo si se calibra en función de las características específicas de la persona jurídica (tamaño, tipo de actividad, evolución diacrónica) podrá considerarse efectivamente adecuado a la finalidad preventiva que la ley le encomienda. Por otra parte, en presencia de un modelo organizativo conforme a dichos códigos de conducta, el juez deberá justificar específicamente las razones por las que puede reconocerse, no obstante, el “defecto de organización” de la persona jurídica, identificando la normativa sectorial concreta que considere infringida o bien, en defecto de esta, las normas de la mejor ciencia y experiencia del sector productivo concreto de que se trate, de las que los códigos de conducta de la persona jurídica se hayan apartado haciendo posible la comisión del delito.²⁶

Los argumentos de la sentencia Impregilo, por tanto, muestran a la persona jurídica el camino de una delicada búsqueda de equilibrio entre dos polos del modelo de organización: individualización y estandarización. En el respeto de este equilibrio se encuentra la esencia del *cumplimiento* normativo frente a la falta de organización. Es una sentencia, en definitiva, que “eleva a la persona jurídica al rol de protagonista del hecho punitivo y sondea su morfología, dando vida al defecto de organización”, entendido como el verdadero corazón de la construcción normativa trazada por el Decreto Legislativo 231/2001.²⁷

La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano, por tanto, parece decantarse decididamente por una recons-

²⁴ Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 23401, *op. cit.*, p. 10.

²⁵ *Ibidem*, p. 11

²⁶ *Ibidem*, p. 12-13.

²⁷ Así también Carlo Piergallini, “Una sentenza ‘modello’”, *op. cit.*, p. 14.

trucción interpretativa del “sistema 231” en términos de una infracción (para-penal) plenamente *culpable* de la persona jurídica, de tal manera que se adecue al paradigma del artículo 27.1 de la Constitución italiana. Eliminada preliminarmente la inversión de la carga de la prueba,²⁸ en el caso de un delito cometido por un alto directivo —aún a costa de forzar la letra del artículo 6.1 del Decreto Legislativo 231/2001—, el resultado es un delito caracterizado por una específica y peculiar “culpabilidad por el defecto de la organización” (definible, si se quiere, en términos de una culpabilidad *socio-normativa*,²⁹ más que *ético-social*, de la persona jurídica).

Este tipo de culpabilidad (varias veces mencionada en la sentencia Impregilo³⁰)

asumirá una forma imprudente con diferentes niveles, pero también, en algunos casos, podrá ser dolosa.³¹ Se trata de casos marginales, aunque presentes en la arquitectura normativa del “sistema 231”, en el que se considera el supuesto en el que “la persona jurídica o una de sus unidades organizativas se utiliza de forma permanente con el fin exclusivo o predominante de permitir o facilitar la comisión de delitos en los cuales se prevé la responsabilidad de la empresa”. Para estos casos, el artículo 16 apartado 3 del Decreto Legislativo 231/2001 prevé siempre y sin excepción (sin siquiera contemplar como vía de escape una reparación) la “inhabilitación definitiva para el ejercicio de actividades empresariales”, es decir, una especie de “pena de muerte” para la persona jurídica.³²

²⁸ En este punto, la sentencia Impregilo (p. 7) es aún más clara que la anterior sentencia ThysenKrupp. Véase *supra*, nota 20.

²⁹ Sobre la culpa de organización como “culpabilidad de naturaleza socio-normativa [...] que expresa ahora el rasgo característico del modelo italiano de responsabilidad penal de la organización”, véase Carlo Enrico Paliero, “Colpa di organizzazione”, *op. cit.*, pp. 65 y 68, a quien se remite para el análisis más reciente y profundo del concepto de “culpa de organización en el sistema italiano de responsabilidad penal de la organización” (específicamente en las pp. 74 y ss.).

³⁰ En la sentencia Impregilo, el delito de la entidad adquiere plenamente los rasgos de un *delito culposo de acontecimiento*, en el que el ilícito predicado de la persona física (apical o subordinada) cubre el papel del acontecimiento y en la averiguación de la culpabilidad de la organización se adoptan los esquemas propios de la averiguación de la culpabilidad penal de la persona física, incluido el criterio de la llamada “conducta alternativa lícita”,

referida al pleno cumplimiento de la regla cautelar establecida por el modelo de organización para prevenir el delito del tipo que efectivamente se produjo. Tribunal de Casación, Casación Civil, 31 de diciembre de 2003, p. 1. Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 23401, *op. cit.*, p. 11.

³¹ Puede constituir una falta leve, por ejemplo, en el caso de conductas reparadoras o de adopción y aplicación tardía del modelo organizativo, contemplado en el artículo 12.2 del Decreto Legislativo 231/2001 entre los supuestos en los que la sanción pecuniaria puede ser reducida para la entidad. Por otro lado, una falta grave en la hipótesis de presencia de “deficiencias organizativas graves” a las que alude el artículo 13.1.a como requisito previo para la aplicación de sanciones de inhabilitación.

³² Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, *op. cit.*, art. 16.

7. Conclusiones: ¿hacia una actualización del modelo europeo?

Tras este breve *excursus* sobre el más reciente desarrollo dogmático (de origen doctrinal y jurisprudencial) en materia de culpabilidad por defecto de organización en Italia, ha llegado el momento de una breve y sumaria conclusión desde el punto de vista del *formante legislativo europeo*: la llamada *fórmula PIF* ha tenido un éxito que, a finales del siglo XX, habría parecido absolutamente imprevisible y extraordinario; sin embargo, su energía propulsora ha llegado a su fin.

Después de un cuarto de siglo, una renovación y enriquecimiento de la fórmula PIF es ciertamente deseable: es la hora de una europeización explícita de la categoría de la *culpabilidad por defecto de organización* y de la práctica del *cumplimiento normativo* que la sostiene, actualmente muy extendida a nivel mundial.

La perspectiva que se abre es probablemente la de una regulación europea del *compliance* que proporcionaría un marco jurídico cierto y homogéneo a las empresas que operan en los distintos mercados europeos. La adaptación y renovación de la fórmula PIF responde a una prioridad ineludible, para que, por un lado, de forma pragmática, se mantenga el tradicional *self restraint* acerca de la naturaleza de la responsabilidad, pero por otro lado, se abra finalmente la puerta al reconocimiento de la necesidad de una *culpabilidad por defecto de organización* y que, sobre todo, se permita la construcción de un auténtico paradigma europeo de *compliance*.

8. Referencias

- CARO CORIA, Dino Carlos, “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los *criminal compliance programs* como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica”, *Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm. 123, 2019.
- Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Volkswagen AG vs. Comisión de la Comunidad Europea, asunto T-62/98, Tribunal de Justicia, Sala sexta, Unión Europea, 17 de octubre de 2002. Registro: C-338/00 P.
- Conclusiones de la Abogado General Juliane Kokott, Schindler Holding Ltd y otros contra Comisión Europea, asunto T138/07, Tribunal de Justicia, Sala quinta, Unión Europea, 18 de abril de 2013, § 97 y ss. Registro: C-501/11 P.
- Corte Suprema di Cassazione, Reato di agiottaggio e modello organizzativo non idóneo, sentenza núm. 4677, sezione V, 30 de enero de 2014.
- Corte Suprema di Cassazione, Thyssenkrupp: le condanne inflitte andranno ridefinite, ma non aumentate, sentenza núm. 38343, 18 de septiembre de 2014.
- Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 23401, sezione VI, 11 de noviembre de 2021.
- FOFFANI, Luigi, “Verso un modello amministrativo di illecito e sanzione d’impresa ‘iper-punitivo’ e fungibile alla sanzione penale?”, en Massimo Donini y Luigi Foffani (eds.), *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, Torino: Giappichelli, 2018, pp. 249-258.
- FOURNIER, Johanna, Maren LANGHORST, Jacqueline VAN DEN BOSCH y Carole VIENNET, *Strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Sanktionierung von Unternehmen bei der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflich-*

- ten (Deutschland, Frankreich, Niederlande, Österreich), Strafbarkeit von Unternehmen*, Suiza: Instituto Suizo de Derecho Comparado, 30 de abril de 2019. <https://www.isdc.ch/media/1859/e-2019-09-18-073-strafrechtliche-sanktionierung.pdf>
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal*, vol. 5, núm. 9, 2010, pp. 207-236.
- Lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal, Directiva (UE) 2017/1371, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 5 de julio de 2017. Registro: L 198/29. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L1371>
- MAUGERI, Anna Maria, “Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali”, en Giovanni Grasso y Rosaria Sicurella (ed.), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano: Giuffrè, 2007.
- OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “Anexo II: Guía de Buenas Prácticas sobre Controles Internos, Ética y Cumplimiento”, en *Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, 26 de noviembre de 2009.
- PALIERO, Carlo Enrico, “Colpa di organizzazione e persone giuridiche”, en Massimo Donini (ed.), *Enciclopedia del diritto. Reato colposo*, vol. 2, Milán: Giuffrè, 2022.
- PALIERO, Carlo Enrico, “La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, vol. 31, núm. 1-2, 2018, pp. 175-219.
- PALIERO, Carlo Enrico, “La fabbrica del Golem: Progettualità e metodologia per la ‘Parte Generale’ di un Codice Penale dell’Unione Europea”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000.
- PALIERO, Carlo Enrico, “Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo de profundis?”, *Le Società*, núm. 4, pp. 474-478.
- PIERGALLINI, Carlo, “Una sentenza ‘modello’ della Cassazione pone fine alla estenuante vicenda Impregilo”, *Sistema Penale*, 27 de junio de 2022.
- Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, Acto del Consejo, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. 221, 19 de junio de 1997, pp. 11-22. Registro: 97/C 221/02.
- TIEDEMANN, Klaus, “Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Generalbericht”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 110, núm. 2, 1998, pp. 497-514.
- TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5.^a ed., München: Vahlen, 2017.
- VERVAELE, John, “*Societas/Universitas delinquere et puniri potest*: 65 años de experiencia en Holanda”, en Miguel Ontiveros Alonso (ed.), *La responsabilidad penal de personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 523-570.

Revista Penal México 27

• julio • diciembre 2025 •

e-ISSN: 3061-7324



Desórdenes públicos: ¿la sombra de la sedición?

Public Unrest: The Shadow of Sedition?

• **María del Carmen Gómez Rivero** •

Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Sevilla.

Desórdenes públicos: ¿la sombra de la sedición?

Public Unrest: The Shadow of Sedition?

• María del Carmen Gómez Rivero • Universidad de Sevilla •

Fecha de recepción
15-04-2025

Fecha de aceptación
25-05-2025

Resumen

La Ley Orgánica 14/2022 del 22 de diciembre introdujo en España la supresión del delito de sedición que, en apariencia, se sustituyó por el delito de desórdenes públicos, específicamente en el artículo 557 del Código Penal, donde se contempla su comisión en un contexto multitudinario. Un estudio comparativo entre la nueva previsión y los elementos típicos del delito de sedición desvirtúa esa primera impresión.¹ Estas líneas tratan los principales aspectos que suscita el delito.

Palabras clave

Desórdenes públicos, sedición, orden público.

Abstract

Organic Law 14/2022 of December 22 abolished of the crime of sedition in Spain, which was apparently replaced by the crime of public disorder, specifically under Article 557 of the Criminal Code, where its commission is contemplated in the context of mass gatherings. A comparative analysis of the new provision and the typical elements of the crime of sedition challenges that initial impression. This text addresses the main aspects legal questions it raises.

Keywords

Public disorder, sedition, public order.

¹ Este análisis se sostuvo en un trabajo más amplio sobre la materia: María del Carmen Gómez Rivero, “La supresión de la sedición y la modificación del delito de desórdenes: sobre el arte del trampantojo”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 140, 2023, pp. 5-37. <https://doi.org/10.14679/2248>

Sumario

1. Los rasgos del delito de desórdenes conforme al apartado primero del artículo 557 del Código Penal. / 2. El tipo cualificado de desórdenes del apartado segundo del artículo 557 del Código Penal. / 3. Los tipos cualificados de desórdenes del artículo 557.3 del Código Penal. / 4. La sanción de los actos preparatorios. / 5. Referencias.

1. Los rasgos del delito de desórdenes conforme al apartado primero del artículo 557 del Código Penal

La Ley Orgánica (LO) 14/2022 supuso una importante revisión de los elementos típicos del delito de desórdenes públicos, en lo atinente a la caracterización de sus elementos tanto objetivos como subjetivos.

En relación con los primeros, y comenzando con la identificación de los sujetos activos del delito, ciertamente se mantiene un elemento que ha caracterizado a la figura: su rasgo de delito plurisubjetivo. Se trata, en efecto, de un tipo delictivo que reclama una actuación grupal, que, si bien no tiene que alcanzar necesariamente dimensiones multitudinarias, no será infrecuente, en la práctica, que adquiera tal característica.

Sí representó, sin embargo, una importante novedad el hecho de que la reforma eliminase la referencia introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que equiparaba aquella dinámica comisiva a la conducta de quien actúa individualmente, pero al amparo del grupo. Ciertamente es que la mayoría de la doctrina se pronunció en el sentido de interpretar que con ella el legislador no había renunciado, en realidad, al componente grupal de la actuación, de modo que la crítica a la mención no habría de ser tanto por la expansión del ámbito típico que pudiera propiciar, sino por su superficialidad, puesto que su único valor sería aclarar que no es necesario que todos los

integrantes del grupo realicen actos ejecutivos para ser considerados autores.²

Como sea, por una u otra razón, su supresión merece una valoración positiva, si bien llama la atención que la eliminación de tal referencia a la actuación individual no haya alcanzado al delito de desórdenes públicos terroristas, recogido en el artículo 573 bis 4 del Código Penal. Tal desajuste solo parece poder explicarse por un olvido del legislador,³ que desde luego resulta especialmente llamativo en tanto el precepto ha sido objeto de reforma por la misma LO 14/2022.⁴

2 Ramón Miguel García Albero, “De los desórdenes públicos”, en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, Pamplona: Thomson Reuters Aranzandi, 2016, pp. 1796 y ss.

3 De ello tuve ocasión de ocuparme en María del Carmen Gómez Rivero, “Desórdenes públicos y terrorismo”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dirs), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 392 y ss.

4 La reforma se ha ceñido a determinar que el tipo de desórdenes terroristas se aplica sobre a los tipos cualificados contenidos ahora en los apartados 2 y 3, sin tener en cuenta que la determinación de la conducta típica de estos remite a su vez al apartado primero y en este no se contiene ya la referencia a la

Algún comentario merecen las novedades relacionadas con el modo en que se identifica la conducta típica. Al respecto, es positiva, ante todo, la supresión de dos modalidades que desde su introducción en el año 2015 habían recibido enérgicas críticas por parte de la doctrina. Se trata de las de incitación y refuerzo del empleo de violencia sobre personas o cosas o de la amenaza a otros de llevarlos a cabo. Estas modalidades permitían comprender, respectivamente, una serie de conductas que excedían con mucho de las tradicionales formas de inducción y complicidad, en tanto en absoluto requerían comprobar su incidencia en la actuación finalmente llevada a cabo por el grupo que actuaba.⁵

En contraste con la valoración positiva que merecen los aspectos anteriores, resulta criticable el resto de las modificaciones introducidas en los elementos objetivos de la conducta típica por la ley de reforma. En ellas se puede detectar una serie de deficiencias que, en su conjunto, arrojan como resultado un importante grado de inseguridad y falta de certeza a la hora de caracterizar la conducta punible, una tacha que curiosamente contradice la declarada voluntad del legislador de poner fin a la falta de claridad detectada en el precepto y que, conforme argumenta el Preámbulo de la ley de reforma, explica la supresión de la sedición.

Sin entrar en los detalles que respaldan la afirmación anterior, interesa de momento destacar que ese defecto es, en buena medida,

tributario de la supresión de cualquier referencia a la lesión o potencialidad lesiva que debe tener la conducta respecto al bien jurídico protegido. Dicha omisión contrasta con la anterior caracterización tradicional del delito, que con independencia de las distintas oscilaciones que experimentó en las redacciones previas, mantuvo como una constante la referencia a la afectación del interés protegido por la norma penal. Basta con recordar, en efecto, que la versión del delito previa a la reforma operada por la LO 1/2015, requería que la conducta entonces descrita provocase una alteración del orden público.⁶ Por su parte, en la regulación de los desórdenes que estuvo vigente desde 2015 hasta la reforma de 2022, el legislador exigía para apreciar el delito que las conductas en cuestión produjesen como efecto la alteración de la paz pública.⁷

actuación del sujeto que actúa al amparo del grupo.

5 De ello tuve ocasión de ocuparme en María del Carmen Gómez Rivero, *Multitudes, revueltas y derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 131 y ss.

6 Disponía el apartado primero del art. 557.1 del CP: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que puedan corresponder a otros preceptos de este Código” (Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, España, 23 de noviembre de 1995, art. 557.1, reforma del 25 de noviembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&b=831&tn=1&p=20031126#a5571>).

7 Disponía el art. 557.1: “Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo,

Es cierto que, como el precepto se ubica entre los delitos contra el orden público, resulta lógico interpretar que la conducta, para ser típica, ha de tener capacidad para afectarlo. También, que el actual apartado segundo, correspondiente al tipo cualificado de desórdenes, requiere que los actos llevados a cabo sean idóneos para alterar gravemente el orden público; de este modo, por la relación de ese apartado con la conducta del tipo base (contenido en el párrafo primero), podría inferirse que también se requiere una alteración del orden para colmar la tipicidad del precepto, aunque sin que sea necesario que se adjective como grave.⁸

Con todo, aun aceptando esta interpretación, no desaparecería la dosis de inseguridad que supone requerir una situación de peligro para dicho interés, y no su efectiva

afectación, como, sin embargo, habían exigido las formulaciones precedentes del precepto. Ahora, en efecto, el apartado en cuestión se conforma con una situación de peligro hipotético, cifrado en la simple idoneidad de la conducta para producir la afectación grave del orden público, lo que, al margen de la anticipación de la consumación que ello supone —sobre la que volveremos después—, amplía extraordinariamente el margen de valoración que reclama el precepto y, con ello, el riesgo de su interpretación extensiva.

Hay que reconocer, con todo, que la imprecisión del nuevo precepto no es, ni mucho menos, fruto exclusivo del rasgo anterior, sino tan solo su punto de partida. En efecto, aquella vaguedad se ve considerablemente potenciada por la forma tan amplia en que están redactadas, si no todas, sí algunas de las modalidades típicas que contempla la norma. Retomando en buena medida la formulación previa a la reforma de 2015, el legislador ha descrito la conducta típica de la mano del enunciado de tres modalidades de conducta, cuyo denominador común es que han de ejecutarse empleando actos de violencia o intimidación. Estas son: la realización de esos actos sobre las personas o cosas; la obstaculización por el mismo medio de vías públicas, ocasionando un peligro para la vida o salud de las personas; o bien, la invasión por el mismo medio de instalaciones o edificios, siempre que ello produzca como resultado una alteración grave del “funcionamiento efectivo de servicios esenciales en esos lugares”.⁹

Si hacemos, de momento, una abstracción del elemento común relativo al método comisivo, basta una lectura de las distin-

serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión” (Código Penal, *op. cit.*, art. 557.1, reforma del 30 de marzo de 2015).

8 Sin embargo, esta interpretación, precisamente por serlo, puede convivir con otras distintas; es el caso de la que sostiene María Luisa Cuerda Arnau, para quien también, en la modalidad del apartado primero, la alteración de la paz pública debe ser grave. “La reforma de los delitos contra el orden público”, en José Luis González Cussac (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 174. Se sostiene en estas líneas que la delimitación del bien jurídico protegido por esta modalidad de desórdenes y la infracción contenida en el artículo 36 de la Ley de Protección Ciudadana (LO 4/2015) se garantiza ya por la diferencia que media entre los conceptos de paz, orden público y seguridad ciudadana, sin necesidad de adjectivar la alteración de la paz pública como grave.

9 Código Penal, *op. cit.*, art. 557, reforma del 22 de diciembre de 2022.

tas modalidades típicas para comprender el distinto grado de amplitud con el que están redactadas. En concreto, mientras las dos últimas condicionan su tipicidad a la producción de un resultado de peligro o de lesión, respectivamente, en la primera de ellas, el empleo de violencia o intimidación sobre las personas o cosas se presta a una amplitud realmente desmesurada.

En realidad, hay que decir que tal objeción en absoluto es exclusiva de la nueva regulación, porque es igualmente trasladable a la redacción de la reforma de 2015, que describía la conducta típica como la ejecución de “actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas”, lo cual provocó importantes y justificadas críticas,¹⁰ principalmente porque resulta, en verdad, difícil acotar lo que se entiende por *actos de violencia sobre las personas*.

Si bien decíamos que la nueva formulación operada por la LO 14/2022 recuerda, en buena medida, a la redacción del precepto antes de la reforma de 2015, lo cierto es que entonces el legislador acotaba la violencia en las personas a la causación de lesiones, lo que suponía una importante restricción de los actos de violencia.

Al colmarse ahora el injusto —en línea con lo dispuesto en la reforma de 2015— por la realización de actos de violencia sobre las personas, el resultado es una extraordinaria ampliación de la conducta típica, hasta el punto de que si no se recurre a alguna interpretación correctora, en él puede tener cabida cualquier manifestación de violencia, aun cuando no llegue a producir algún resultado

lesivo,¹¹ con el consiguiente solapamiento, entonces, de las infracciones contenidas en el injusto penal del artículo 36 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (LPSC).

Es más, el precepto no solo no requiere la materialización de la conducta en un resultado, sino que tampoco reclama de ella ningún tipo de idoneidad para producirlo. Resulta de lo anterior, por ejemplo, que podrían comprenderse en este apartado actos como lanzar huevos a una persona o pintarle la ropa con un *spray*. Solo de la mano, como decíamos, de una interpretación restrictiva por parte de los tribunales de justicia sería posible respetar el principio de mínima intervención penal. Este reclamaría siquiera la idoneidad de la conducta para causar algún tipo de lesión, con independencia de su gravedad. Sería el caso, por ejemplo, de conductas como la de lanzar un contenedor contra una persona, con independencia de que finalmente le alcance o no, o la de arrojar algún gas que pudiera causar

¹⁰ David Colomer Bea, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 150 y ss., y 203 y ss.

¹¹ En relación con la entonces Proposición de ley, Amnistía Internacional denunció esta situación y recordó que el Comité de Derechos Humanos de la ONU se pronunció en el sentido de considerar que conductas como los empujones o la interrupción del tráfico de vehículos o peatones o de actividades diarias, no constituyen violencia (Amnistía Internacional, “España: La reforma del Código Penal para eliminar el delito de sedición es una buena noticia, pero debe garantizar que no criminaliza la protesta pacífica”, 24 de noviembre de 2022. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/espana-la-reforma-del-codigo-penal-para-eliminar-el-delito-de-sedicion-es-una-buena-noticia-pero-debe-garantizar-que-no-criminaliza-la-protesta-pacifica/>).

irritación en garganta u ojos a quienes se encontrasen en las proximidades.

Los problemas que plantea la acotación de lo que se entienda por *actos de intimidación* son parecidos. En ellos quedan comprendidos, sin ambages, los de amenaza, esto es, de anuncio de un mal con capacidad para coartar la voluntad del destinatario. Pero más allá de ese contenido indiscutible, puede resultar seriamente dudosa en la práctica la calificación de determinados actos como tales. Para ejemplificarlo, bastaría traer a colación el conocido como *caso Confeti*, enjuiciado por la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Palma de Mallorca de 22 de julio de 2017, que se relacionó con la conducta desplegada en el seno de una concentración, en principio pacífica, convocada por una asociación antiturismo. En su transcurso, se utilizaron botes de humo y se lanzaron bengalas y confeti en las proximidades de un restaurante, lo que le ocasionó una sensación de inquietud y nerviosismo a algunos clientes que se vieron obligados a abandonar el local. Al margen de otras posibles calificaciones,¹² la amplia redacción del precepto en su configuración actual propicia la duda en torno a si supuestos de este tipo pudieran subsumirse en la modalidad en comentario como una forma de intimidación ambiental.¹³

No son menores las dificultades que plantea la acotación de lo que se entienda por *actos de violencia sobre las cosas* para la aplicación del precepto. Aquellas derivan de que, al igual que ocurre con los actos de violencia sobre las personas, el artículo 557.1 del CP no exige la producción de resultado alguno, ni siquiera, su potencialidad para producirlo. Se distancia de nuevo el legislador de 2022 de la situación previa a la reforma de 2015, cuya fórmula, sin embargo, parece haberle inspirado. En aquella regulación, en efecto, la apreciación del tipo requería la “producción de daños en las propiedades”, un concepto claramente más limitado que la ejecución de “actos de violencia o intimidación sobre las personas o las cosas”, como reza la fórmula actual. Claro es que, a título de ejemplo, en el precepto quedarían comprendidos supuestos como pinchar neumáticos, arrancar señales de tráfico, quemar contendores o la rotura de escaparates. Pero, de nuevo, si no se somete a alguna restricción que exija, al menos, la idoneidad de la conducta para producir cualquiera de los resultados que quedarían comprendidos en el delito de daños, se produciría una extraordinaria ampliación de su ámbito típico, capaz de comprender conductas como dar patadas a un contenedor o volcar su contenido.

¹² Como la contenida en el actual artículo 557 bis, que castiga la alteración grave de la paz pública y de la actividad normal de un establecimiento público; pero también es cierto que de ser subsumibles los hechos en el delito de desórdenes, sería esta calificación más grave, de aplicación preferente. Código Penal, *op. cit.*

¹³ Sobre esta posibilidad, al hilo de un comentario del caso, véase María Isabel Montse-

rrat Sánchez-Escribano, “El desorden de los desórdenes públicos. La problemática tipificación, interpretación y aplicación de los artículos 557.1 y 557 ter del Código Penal. A propósito de la sentencia del caso Confeti (SAP de Palma, sección 2ª, núm. 317/2022, de 19 de junio)”, *Revista General de Derecho del Turismo*, núm. 6, 2022, pp. 132 y ss.

Como sea, decíamos ya líneas más arriba que las modificaciones experimentadas en el delito de desórdenes públicos no se ciñen a la plasmación de los elementos objetivos del delito, sino que salpican plenamente también a sus aspectos subjetivos. En concreto, el apartado primero del artículo 557 del CP requiere ahora que los actos descritos se realicen “con el fin de atentar contra la paz pública”, término que el legislador de reforma define en su Preámbulo como “la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de derechos, especialmente los derechos fundamentales”.¹⁴

Del análisis comparativo de esta nueva redacción con las regulaciones precedentes del delito, surgen dos cuestiones. La primera, la determinación de las razones que hayan podido llevar al legislador a mutar el valor de la paz pública, que desde el año 2015 representaba el resultado del delito, a contemplarse como elemento anímico en la regulación actual. La segunda, el modo en el que ese papel, asignado ahora a la paz pública, influye en la determinación del alcance típico del precepto.

En primer lugar, en lo que se refiere a la indagación de los posibles motivos que pudieran explicar el viraje de la paz pública de resultado del delito a elemento anímico, bien

pudiera suponerse que con ello el legislador quiso dejar claro que la apreciación del injusto es incompatible con un escenario en el que los desórdenes se producen de modo inevitable por razón del ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad de reunión o manifestación. Ocurre, sin embargo, que la racionalidad de tal suposición se desvanece solo con tener en cuenta que, bajo el precedente que supuso la situación previa a la reforma de 2015 —donde igualmente la paz pública se configuraba como elemento anímico—, la mayoría de la jurisprudencia reconoció la compatibilidad de la apreciación del precepto con el escenario del ejercicio de derechos fundamentales, al menos, así se lee en la Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de enero de 2001: “Cuando sea evidente la existencia de posibilidades alternativas menos graves”.¹⁵

A la vista de lo anterior, pudiera explicarse, entonces, la incorporación de tal elemento anímico por la pretensión del legislador de recuperar una redacción similar a la que tuvo el precepto antes de la reforma de 2015, con la que, según vimos al tratar los elementos objetivos del delito, la versión actual guarda un cierto paralelismo. En efecto, el entonces artículo 557.1 del CP castigaba a quienes:

[...] actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden

¹⁴ “Preámbulo”, Ley de Transposición de Directivas Europeas y Otras Disposiciones para la Adaptación de la Legislación Penal al Ordenamiento de la Unión Europea, y Reforma de los Delitos contra la Integridad Moral, Desórdenes Públicos y Contrabando de Armas de Doble Uso, ley orgánica 14/2022, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 307, 23 de diciembre de 2022. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-21800>

¹⁵ Por el contrario, solo algunas sentencias aisladas rechazaron la compatibilidad. Sirva de ejemplo la Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid de 11 de diciembre de 2012: “la presencia de una finalidad principal ajena en sí misma a la alteración del orden público elimina aquel elemento subjetivo del tipo de injusto”.

público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, invadiendo instalaciones o edificios.¹⁶

Pudiera decirse, entonces, que la recuperación del modelo de descripción de conductas propio de aquella antigua regulación reclamaba también el “rescate” del elemento subjetivo del delito. Pese a la similitud con aquella regulación previa, a nadie escapa, sin embargo, la diferencia fundamental que media con la actual, en tanto que entonces al elemento anímico representado por la alteración de la paz pública el legislador sumaba la exigencia de que el comportamiento tuviera como resultado la alteración del orden público, referencia hoy desaparecida, como hubo ya ocasión de referir.

Tal omisión posibilita una significativa ampliación del delito, al pasar a ser decisiva, no la constatación objetiva de los hechos, sino la finalidad con la que obra el autor. El resultado de lo anterior es una clara vocación expansiva del precepto, que propicia una interpretación extensiva, con el consiguiente adelantamiento del momento de intervención del orden penal. Así, por ejemplo, habrá de calificarse ahora como delito de desórdenes públicos —consumado— cualquiera de las conductas recogidas en la descripción típica con capacidad para producir su afectación, aun cuando el efecto final de desorden no llegase a producirse. Baste pensar, como ejemplo, el caso de quienes prenden de ga-

solina un contendor, pero que son detenidos antes de que prendan las llamas.

2. El tipo cualificado de desórdenes del apartado segundo del artículo 557 del Código Penal

El legislador de 2022 incorporó un nuevo apartado segundo al delito de desórdenes, comprensivo de un tipo que prevé una pena agravada respecto a la modalidad del apartado primero. En concreto, la pena se eleva hasta un marco penal de tres a cinco años de prisión, además de contemplarse la inhabilitación especial para empleo o cargo público por el mismo tiempo, en el caso de que los hechos sean cometidos por “una multitud cuyo número, organización y propósito sean idóneos para afectar gravemente el orden público”.¹⁷

Antes siquiera de entrar en el análisis de las cuestiones técnicas que plantea esta redacción, llama la atención la singular caracterización de este precepto en el Preámbulo de la ley de reforma y que llega a resultar, en cierto modo, esquizofrénico. En sus palabras: “[...] no puede considerarse una mera agravación de las conductas descritas en el apartado 1 [...], sino [que es] un comportamiento autónomo”.¹⁸ Esta afirmación resulta, cuando menos, llamativa desde el momento en que solo una línea más arriba se dice que es un tipo cualificado y dos líneas más abajo, que se diferencia del apartado 1 por su intensidad. A mayor abundamiento, no se entien-

¹⁶ Código Penal, *op. cit.*, art. 557.1, reforma del 30 de marzo de 2015.

¹⁷ Código Penal, *op. cit.*, art. 557, última reforma del 22 de diciembre de 2022.

¹⁸ “Preámbulo”, Ley de transposición de directivas..., *op. cit.*

de, salvo que se ignoren las razones de fondo a las que después nos referiremos, que el precepto pretenda presentarse como un tipo autónomo del apartado primero, cuando la propia redacción de la norma se inicia con un enunciado que remite al mismo comportamiento típico del apartado anterior, al que se añaden una serie de elementos que incrementan su pena: “Los hechos descritos en el apartado anterior”.

Aplazando de momento la verdadera razón de ser que late bajo este vaivén de ideas, lo cierto es que el elemento que acuña el mayor contenido de injusto al que el legislador asocia el incremento de la pena es la presencia de una multitud que ejecuta el delito, un elemento, por cierto, que representaba igualmente uno de los sellos de identidad del extinto delito de sedición. La caracterización que de ella hace ahora el legislador a efectos del delito de desórdenes reclama la concurrencia de una serie de elementos que garanticen su especial peligrosidad. En concreto, que la presencia de personas que acuña la multitud se defina su número significativo, que además se presente de forma organizada (ya responda esa organización a un plan preconcebido o, por el contrario, espontáneo), así como que actúe guiada por un propósito común: la finalidad de alterar de modo grave el orden público.

La concurrencia de estos elementos selectivos y de lo que se entienda por *multitud*, según esta modalidad, no evita que su caracterización adolezca de un importante grado de indefinición, algo que paradójicamente contrasta con la finalidad declarada del legislador para justificar la supresión del delito de sedición.¹⁹

La apreciación de la tipicidad de la conducta depende, en efecto, de la sucesiva concreción de toda una secuencia de elementos extraordinariamente vagos: el órgano juzgador deberá valorar el ya referido concepto de *multitud* para determinar si concurre, a su vez, el etéreo concepto de potencialidad lesiva que, para el orden público, debe suponer la actuación del número indefinido de personas, y todavía, ese juicio de potencialidad o aptitud reclama ser valorado como grave.

Precisamente, debido a la extraordinaria amplitud del precepto y a la consiguiente facilidad con la que puede ser aplicado a un importante número de casos, a nadie se oculta que esa redacción posibilita tendencialmente la apreciación casi indiscriminada de esta modalidad cualificada, puesto que lo normal es que los actos específicos de violencia o intimidación que describe el tipo se cometan en el marco contextual de concurrencia de una pluralidad de personas.

Como sea, la elevación de este elemento a nota que cualifica la pena del delito de desorden solo puede explicarse con base en dos razones. La primera de ellas pudiera ser la indiscutible mayor potencialidad lesiva que comporta la comisión del delito en el marco de una actuación multitudinaria, en tanto que, como se pone de relieve desde la psicología social, la actuación del grupo elimina los frenos inhibitorios de los individuos y propicia actitudes y conductas que, de otro modo, no habrían cometido, entre ellas, el crimen.²⁰

La segunda razón para la inclusión de este elemento parece cumplir una función

¹⁹ Esta imprecisión fue denunciada por Amnistía Internacional en relación con la proposi-

ción de ley. Amnistía Internacional, *op. cit.*

²⁰ Es clásica, en este sentido, la obra de Gustave le Bon, *Psicología de las masas*, 6.ª ed., Madrid: Morata, 2014, p. 27.

velada, mucho más sutil. En efecto, con el traslado de este elemento que fue característico de la sedición a un nuevo tipo cualificado, se genera la ilusión o trampantojo a que hacíamos referencia más arriba, capaz de hacer parecer que el espíritu de la sedición se traslada, de alguna forma, a este nuevo tipo delictivo, con lo que se crea la idea de una suerte de continuidad entre ambos delitos.

3. Los tipos cualificados de desórdenes del artículo 557.3 del Código Penal

Una de las novedades más llamativas de la lectura de la nueva refacción del delito de desórdenes públicos es la drástica supresión de una serie de cualificaciones vigentes bajo la redacción anterior, hasta el punto de que son solo tres las que perviven: el porte de armas e instrumentos peligrosos, la realización de actos de pillaje, así como la comisión de los hechos por parte de quien esté constituido en autoridad, si bien esta cualificación resulta ahora solo aplicable a la modalidad del apartado segundo. Por las razones que enseguida se expondrán, tal simplificación de las agravantes merece como regla general una valoración positiva, aunque con importantes matices.

Digna de aplauso resulta, en primer lugar, la eliminación de la cualificación contemplada en el anterior artículo 557 bis 3 del CP, que determinaba la exasperación de la pena cuando el hecho se hubiera llevado a cabo en una manifestación o reunión numerosa de personas o con ocasión de ellas.

Las críticas que despertaba el precepto no solo tenían que ver con el hecho de que el legislador parecía encontrar el motivo de la exasperación punitiva en la asociación del desorden al ejercicio desviado de un derecho fundamental, algo que resultaba difícil de justificar. También porque, al ser consus-

tancial un escenario de actuación grupal e incluso multitudinaria a la comisión de los desórdenes, no era de extrañar la agravación de la pena por mor de esta circunstancia en un buen número de casos.

Ahora bien, hay que reconocer que la supresión de esta criticable modalidad cualificada queda prácticamente en la nada, a la vista de la incorporación del nuevo tipo de desórdenes contemplado en el apartado segundo del actual artículo 557 del CP, que en los términos que ya tuvimos ocasión de referir, eleva la pena en los casos en que el desorden se cometa por una multitud, congregada o no con motivo del ejercicio de un derecho fundamental, siempre, eso sí, que concurra la exigencia vaga e indefinida de que por su número, organización y propósito, tenga idoneidad para afectar gravemente el orden público. A lo dicho entonces nos remitimos ahora.

En segundo lugar, debe valorarse como positiva también la eliminación de la cualificación contenida en el apartado 6 del anterior artículo 557 del CP para los casos en que los hechos se realizaran con ocultación del rostro y, de ese modo, se dificultase la identificación de los autores. Se trataba de un contenido de injusto ajeno a cualquier juicio de peligrosidad relacionado con los desórdenes y cuyo supuesto mayor contenido de desvalor era ajeno a la gravedad de estos, pues se vinculaba, por el contrario, a intereses relacionados con la administración de justicia. Su sanción cualificada, en todo caso, resultaba seriamente cuestionable, debido a que no se correspondía con el bien jurídico, sino con una forma de autoencubrimiento y, por lo demás, la circunstancia podría considerarse conforme a la agravante genérica de disfraz, contenida en el artículo 22.1 del CP.²¹

21 En este sentido, véase María Luisa Cuerda

La valoración positiva se extiende, en tercer lugar, a la supresión de la cualificación consistente en la exhibición de un arma de fuego simulada, contenida en el anterior apartado primero del artículo 557 del CP. Lo criticable de su presencia en el catálogo de agravantes se debía a que su razón de ser solo podía explicarse conforme a dos interpretaciones, sin que ninguna de ellas pudiera ser satisfactoria. Conforme a la primera, el fundamento de la agravación podría relacionarse con los casos en los que el arma fuese usada para intimidar, supuesto en el que la apreciación adicional como agravante de la amenaza que servía para conformar al tipo supondría una clara vulneración del principio *ne bis in idem*;²² la segunda interpretación pasaba por asociar el incremento de la pena al peligro que la exhibición pudiera causar en la multitud, básicamente por la situación de pánico y confusión que pudiera generar. Ahora bien, en tanto que ese riesgo no es propio de los desórdenes considerados, parece más acertado reconducir estos casos al nuevo apartado 5 del mismo precepto, siempre que tal porte provoque avalancha, estampida u otra reacción análoga que ponga en peligro la vida o la salud de las personas, lo que supone una importante restricción del castigo.

En contraste con lo anterior, es criticable que siga manteniendo la cualificación consistente en el mero porte de armas o instrumentos peligrosos, sin exigir adicionalmente su uso en el sentido, al menos, de exhibición. Resulta así que, para la exasperación de la pena, no es necesaria la exhibición ni el uso de tales armas o instrumentos, sino que basta con la simple tenencia, como, por lo

demás, se contempla ya en el artículo 36.10 de la LPSC. El castigo de tales actos supone elevar a la categoría de delito una situación de peligro abstracto, en claro contraste con lo que se requiere en otros tipos delictivos que también cualifican la pena por razón de tales instrumentos.²³

Algún comentario adicional merece, por otra parte, la supresión de la cualificación contemplada en el anterior artículo 557 bis 2 del CP, que preveía la imposición del marco penal agravado en los casos en que el acto de violencia ejecutado en el marco del delito de desórdenes resultare “especialmente peligroso para la vida de las personas o pudiera causar lesiones graves”. Se mencionaba, en particular, el “lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos”.²⁴ La valoración que merece la supresión de la cláusula debe ponerse en relación con el modo en que se interprete la conducta típica del apartado primero del artículo 557 del CP. Es verdad que, en la medida en que los actos de violencia sobre las personas se sometan a una exégesis restrictiva, conforme a la cual se exija su gravedad para integrar el ámbito típico, habrá de entenderse que la aplicación de un tipo agravado supondría una sobrepenalización de la conducta. En todo caso, y pensando en los supuestos indiscutiblemente más graves de lanzamiento de objetos o líquidos inflamables, el incendio o la utilización de explosivos, contemplados antes de la reforma, lo

Arnaud, *op. cit.*, p. 180.

²² En este sentido, *Ibidem*, p. 179.

²³ Es el caso, por ejemplo, del delito de lesiones, que entre las cualificaciones del artículo 148 contempla en su apartado primero el uso, no bastando con el mero porte.

²⁴ Código Penal, *op. cit.*, art. 557, reforma del 30 de marzo de 2015.

cierto es que la supresión de la cualificación está llamada a carecer de efecto práctico, ya que la agravación consistente en el porte de armas o instrumentos peligrosos absorbe sobradamente y con carácter anticipado aquellos supuestos.²⁵

4. La sanción de los actos preparatorios

El legislador de 2022 ha previsto expresamente el castigo de los actos preparatorios del delito de desórdenes, si bien exclusivamente en relación con las modalidades agravadas contempladas en los apartados segundo (desórdenes multitudinarios) y tercero (porte de instrumentos peligrosos, armas de fuego o realización de actos de pillaje).

No podría decirse, en realidad, que hubieran faltado voces interpretando que el castigo de estas formas anticipadas de realización del delito ya estaba contemplado en la regulación anterior a la reforma de 2022. En efecto, la inclusión de la realización de actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas o de reforzamiento de la decisión del grupo a llevarlos a cabo, entre las modalidades típicas de la redacción previa de las conductas de incitación, había sido interpretada en ocasiones por la doctrina como una anticipación de las barreras de intervención penal.²⁶

Despejando las dudas al respecto, el legislador del 22 se ha decantado decididamente por castigar los actos preparatorios, si bien como se ha dicho, solo en relación con las modalidades agravadas del delito de desórdenes. Se recrudecen, por ello, las críticas formuladas en el apartado anterior en relación con distintos aspectos de esos tipos, por cuanto las modalidades cuyo injusto dudosamente tiene virtualidad para fundamentar un castigo agravado ven ahora, además, anticipado su ámbito de punibilidad.

5. Referencias

Amnistía Internacional, “España: La reforma del Código Penal para eliminar el delito de sedición es una buena noticia, pero debe garantizar que no criminaliza la protesta pacífica”, 24 de noviembre de 2022. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/espana-la-reforma-del-codigo-penal-para-eliminar-el-delito-de-sedicion-es-una-buena-noticia-pero-debe-garantizar-que-no-criminaliza-la-protesta-pacifica/>

²⁵ En este sentido, María Luisa Cuerda Arnau, *op. cit.*, p. 179.

²⁶ Joan Baucells Lladós, “El nuevo ‘derecho sancionador autoritario’. Acerca de la inconstitucionalidad del Código penal y la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 24, 2015, p. 25. No obstante, también era posible interpretar que estas previsiones suponían, en

realidad, una modalidad *sui generis* de inducción o complicidad —incluso con un ámbito de aplicación más amplio que el propio de estas figuras—, al no requerir comprobación alguna acerca de la efectiva incidencia de tales actos en la conducta del grupo. Es la interpretación que sostuve en *Multitudes, revueltas y derecho penal*, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

- BAUCELLS LLADOS, Joan, “El nuevo ‘derecho sancionador autoritario’. Acerca de la inconstitucionalidad del Código Penal y la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 24, 2015.
- Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, España, 23 de noviembre de 1995. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2024-118
- COLOMER BEA, David, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- CUERDA ARNAU, María Luisa, “La reforma de los delitos contra el orden público”, en José Luis González Cussac (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel, “De los desórdenes públicos”, en Gonzalo Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II, Pamplona: Thomson Reuters Arazandi, 2016.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “Desórdenes públicos y terrorismo”, en Alfonso Galán Muñoz y María del Carmen Gómez Rivero (dirs.), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, “La supresión de la sedición y la modificación del delito de desórdenes: sobre el arte del trampantojo”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 140, 2023, pp. 5-37. <https://doi.org/10.14679/2248>
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Multitudes, revueltas y derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- LE BON, Gustave, *Psicología de las masas*, 6.^a ed., Madrid: Morata, 2014.
- Ley de Transposición de Directivas Europeas y Otras Disposiciones para la Adaptación de la Legislación Penal al Ordenamiento de la Unión Europea, y Reforma de los Delitos contra la Integridad Moral, Desórdenes Públicos y Contrabando de Armas de Doble Uso, ley orgánica 14/2022, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 307, 23 de diciembre de 2022. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-21800>
- SÁNCHEZ-ESCRIBANO, María Isabel Montserrat, “El desorden de los desórdenes públicos. La problemática tipificación, interpretación y aplicación de los artículos 557.1 y 557 ter del Código Penal. A propósito de la sentencia del caso Confeti (SAP de Palma, sección 2ª, núm. 317/2022, de 19 de junio)”, en *Revista General de Derecho del Turismo*, núm. 6, 2022, pp. 124-144.

Revista Penal México 27

• julio • diciembre 2025 •

e-ISSN: 3061-7324



La duda razonable como estándar de prueba en el proceso penal: fundamentos, alcances y límites

Reasonable Doubt as a Standard of Proof in Criminal Proceedings: Foundations, Scope, and Limits

• **Julio César Martínez-Garza** •

Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales y maestro en Ciencias Penales por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Doctor en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Pablo de Olavide.

La duda razonable como estándar de prueba en el proceso penal:
fundamentos, alcances y límites

Reasonable Doubt as a Standard of Proof in Criminal Proceedings: Foundations, Scope, and Limits

• Julio César Martínez-Garza • Universidad Autónoma de Nuevo León •

Fecha de recepción
30-04-2025

Fecha de aceptación
25-05-2025

Resumen

La transición al sistema procesal penal acusatorio y oral en México ha transformado profundamente el papel del juzgador. En este marco, los principios de presunción de inocencia (artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y duda razonable (artículos 13, 359 y 402 del Código Nacional de Procedimientos Penales) se erigen como garantías constitucionales esenciales que limitan el poder punitivo del Estado. Este trabajo se propone examinar la institución procesal de la *duda razonable*. Su análisis se desarrolla a partir de fuentes doctrinales nacionales e internacionales y de interpretaciones jurisprudenciales, con el objetivo de delinear los criterios que deben regir la motivación judicial en el marco del sistema acusatorio.

Palabras clave

Duda razonable, presunción de inocencia, valoración probatoria, sistema acusatorio, debido proceso.

Abstract

The transition to the accusatorial and oral criminal justice system in Mexico has profoundly transformed the role of the adjudicator. Within this framework, the principles of the presumption of innocence (Article 20, Section B, Clause I of the Political Constitution of the United Mexican States) and reasonable doubt (Articles 13, 359, and 402 of the National Code of Criminal Procedure) stand as essential constitutional guarantees that limit the punitive power of the State. This paper aims to examine the procedural institution of reasonable doubt. Its analysis is based on national and international doctrinal sources, as well as jurisprudential interpretations, with the objective of outlining the standards that should guide judicial reasoning within the accusatorial system.

Keywords

Reasonable doubt, presumption of innocence, evidentiary assessment, accusatory system, due process.

Sumario

1. Introducción. / 2. Marco teórico-conceptual. / 3. La duda razonable en el sistema jurídico mexicano. / 4. La duda razonable como garantía de imparcialidad y limitación al *ius puniendi*. / 5. Críticas y retos de la duda razonable en la práctica forense. / 6. Propuestas de mejora y reflexiones finales. / 7. Conclusiones. / 8. Referencias.

1. Introducción

El análisis de la *duda razonable* como figura procesal del estándar probatorio en juicio resulta jurídicamente relevante por ser un pilar fundamental del garantismo penal y del debido proceso, en tanto se vincula directamente con la presunción de inocencia. Esta figura actúa como límite a la potestad sancionatoria estatal, al señalar que ningún gobernado puede ser condenado si, tras la valoración judicial de la prueba, persisten dudas razonables sobre la acreditación del hecho penalmente relevante. Solo si esto es superado, se acredita la plena culpabilidad del acusado en su comisión.

Reconocemos que, desde la entrada en vigor del sistema penal acusatorio y oral en México, el papel del impartidor de justicia ha cambiado radicalmente, porque lo ha obligado a fundamentar y motivar adecuadamente sus sentencias, con base en criterios lógicos, racionales y jurídicamente sustentados (libre valoración de la prueba). En este contexto, el concepto de duda razonable no solo adquiere una función procesal de filtro, sino que funge como garantía sustantiva frente a errores judiciales y condenas injustas.

Su estudio es, por tanto, imprescindible para delimitar sus alcances y límites dentro del juicio de reproche social; identificar los criterios jurisprudenciales que lo interpretan, y evaluar la forma en que los juzgadores

deben aplicar dicho estándar en audiencias orales. Además, permite valorar la efectividad de las salvaguardas procesales en la protección de los derechos fundamentales del imputado, especialmente, en el derecho a la libertad personal.

Es por ello que cabe preguntarse: *¿cómo opera el estándar de la duda razonable como límite efectivo al poder punitivo del Estado en el proceso penal acusatorio y oral, y cuáles son los criterios normativos, doctrinales y jurisprudenciales que permiten su aplicación legítima como estándar de prueba en juicio?*

2. Marco teórico-conceptual

Origen histórico del principio de duda razonable

El principio de duda razonable, tal como se conoce hoy en los sistemas penales modernos, tiene su génesis en el derecho inglés y en las tradiciones del “*common law*”, donde se configuró como una garantía fundamental para evitar condenas injustas. Este principio, que actúa como estándar de prueba en juicio en los procesos penales, establece que un acusado no debe ser condenado a menos que la prueba presentada por la fiscalía logre despejar cualquier duda razonable sobre el

hecho que se estima criminal y su culpabilidad. Su función esencial es salvaguardar la presunción de inocencia, lo que constituye un evidente contrapeso a la potestad punitiva del Estado.

Génesis

Descartes concibió la duda metódica como el punto de partida indispensable para alcanzar un conocimiento auténticamente fundamentado. En su obra *Meditaciones metafísicas*, sostiene que, para edificar una ciencia sólida, es preciso rechazar como falso todo aquello que pueda ser objeto de la más mínima duda. Esta duda, lejos de ser escéptica, constituye una herramienta racional indispensable, orientada a depurar el conocimiento de errores y alcanzar verdades indubitables. En este contexto, emerge su célebre formulación *cogito, ergo sum* (*pienso, luego existo*), la cual representa la primera certeza irrefutable: incluso si se duda de todo, el hecho mismo de dudar confirma la existencia del sujeto que piensa.¹

Descartes sometió a cuestionamiento los sentidos, la existencia del mundo exterior e incluso las verdades matemáticas, planteando la posibilidad de un genio maligno que lo engañara constantemente. Sin embargo, descubrió que el acto de pensar, de razonar y, sobre todo, de dudar, es innegable, lo que constituye, así, la primera verdad firme sobre la cual debe ser edificado el conocimiento.²

Respecto al método cartesiano de desplazamiento del eje del conocimiento desde la realidad exterior hacia la estricta íntima conciencia del sujeto, Kenny refiere que este principio fundamenta el racionalismo moderno, porque promueve una epistemología basada clara e indudablemente en la certeza interna, subjetiva, del ser humano que se construye precisamente sobre la base fundamental del cuestionamiento.³

En relación con el origen de la aplicación de la *duda razonable* como criterio de racionalidad judicial para valorar la prueba desahogada en juicio y fundamentar la culpabilidad o inocencia del acusado, es necesario remontarse al desarrollo jurisprudencial del *common law* en el siglo XVIII. Durante esta época, los jueces británicos comenzaron a emitir instrucciones a los jurados en los que hacían referencia al estándar de *reasonable doubt* como salvaguarda frente a decisiones condenatorias injustas.⁴

Un precedente emblemático en la consolidación doctrinal de este principio es el caso *R. v. Woolmington*, resuelto por la *House of Lords* en 1935. En dicha resolución, el vizconde Lord Sankey sostuvo de manera enfática que “la presunción de inocencia es la regla de oro del derecho penal y no puede ser menospreciada”, por lo cual concluyó que “la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado recae totalmente en la fiscalía”. Este principio está tan profundamente enraizado,

1 René Descartes, *Meditaciones metafísicas*, Madrid: Cátedra, 1996. (Original publicado en 1641). pp. 91-97.

2 René Descartes, *Discurso del método*, Madrid: Alianza, 2003, pp. 56-57.

3 Anthony Kenny, *La filosofía moderna*, Madrid: Tecnos, 2019, pp. 40 y 60.

4 Anthony Kenny, *La razón y el conocimiento. Una historia de la filosofía occidental*, Marc Jiménez (trad.), Barcelona: Ariel, 2007, pp. 320-350.

que forma parte del derecho consuetudinario inglés.⁵

Desde entonces, la referencia expresa a la duda razonable en las instrucciones dirigidas a los jurados dentro de los sistemas penales derivados del *common law* se consolidó como un mecanismo protector frente al riesgo de emitir un veredicto erróneo o cuestionable que pudiera desembocar en una condena capital injusta. Esta previsión se desarrolla en un contexto donde el sistema penal actúa como *ultima ratio*, es decir, como el recurso extremo del Estado para restablecer el orden público y la paz social frente a los efectos disruptivos del delito.

Tal como lo señala Aguilar López, el desarrollo del principio de duda razonable también estuvo influenciado por la teología y la moral dominante de la época, las cuales sostenían que resultaba preferible absolver a un culpable antes que condenar a un inocente, en consonancia con una visión ética profundamente arraigada en la tradición judeocristiana del derecho penal.⁶ Esta máxima fue retomada por Sir William Blackstone, quien en sus célebres *Commentaries on the Laws of England*, afirmó que “es preferible que diez

culpables escapen antes que un solo inocente sufra” (“it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer”), expresión que resume el fundamento garantista del derecho penal liberal, orientado a minimizar el riesgo de condenas injustas.⁷

A lo largo del siglo XIX, el uso del término *beyond a reasonable doubt* se consolidó como el estándar probatorio de mayor exigencia en el proceso penal anglosajón. Su definición fue progresivamente perfilada a través de instrucciones judiciales que aclaraban a los jurados que no bastaban meras sospechas ni un grado de probabilidad, sino que debía alcanzarse una certeza moral suficiente para justificar una condena legítima. Este estándar no solo habilita la imposición de una pena, sino que permite superar la presunción de inocencia que ampara constitucionalmente al acusado.⁸ En este sentido, la jurisprudencia ha reafirmado que el principio de duda razonable opera como un contrapeso esencial a la potestad punitiva del Estado, puesto que exige un grado de convicción racional e íntegra para destruir la presunción de inocencia.⁹

5 Claus Roxin, *Derecho procesal penal*, Madrid: Civitas, 2006, p. 241. Véase también “Woolmington vs. Director of Public Prosecutions”, *Case Briefs*. https://casebrief.fandom.com/wiki/Woolmington_v_Director_of_Public_Prosecutions [consultada el 24 de abril del 2025].

6 Miguel Ángel Aguilar López, *La justicia penal en México. Balance de dos décadas 2000-2020. Presunción de inocencia y duda razonable*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (Serie Doctrina Jurídica, 944), 2021, p. 398.

7 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. IV, Oxford: Clarendon Press, 1769, p. 352. <https://lonang.com/wp-content/download/Blackstone-CommentariesBk4.pdf> [consultado el 24 de abril del 2025].

8 Alejandro Aguilar López, *Teoría del delito y debido proceso penal acusatorio*, 3.^a ed., México: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 215–218.

9 R. v. Lifchus [1997] 3 SCR 320, Supreme Court Judgments, Canadá, 26 de septiembre de 1997. Caso 25063. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1549/index.do> [consultada el 25 de abril del 2025]. En este fallo, la Corte sostuvo que el estándar de *beyond a reasonable doubt* requiere una con-

Recepción y evolución en el sistema acusatorio

En el proceso de transición hacia los modelos acusatorios contemporáneos, el principio de duda razonable fue incorporado como un estándar universal de protección de los derechos humanos en el proceso penal.

Este principio, originado en la tradición del *common law*, fue formalizado por el sistema penal estadounidense y, posteriormente, inspiró las reformas procesales en múltiples países de tradición continental, donde se asumió como una garantía sustantiva vinculada a la presunción de inocencia y al debido proceso legal.¹⁰ En América Latina, su incorporación ha sido impulsada por mandatos constitucionales y tratados internacionales, así como por la jurisprudencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos,¹¹ y en México, ha sido reconocido expresamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como estándar probatorio vinculante para la emisión de sentencias condenatorias.¹²

Así fue como en México, al haberse reformado su pacto federal el 18 de junio del 2008, se incorporó en forma expresa la *presunción de inocencia* en el artículo 20, apartado B, fracción I,¹³ en donde esta se reconoce. De suyo, los ordinales 13, 14, 359 y 402 del Código Nacional de Procedimientos Penales establecen *in fine* que solo puede emitirse una sentencia condenatoria cuando el tribunal de enjuiciamiento no tenga duda razonable sobre la culpabilidad del acusado.¹⁴

Desde la perspectiva del derecho continental, autores como Ferrajoli han conceptualizado el principio de duda razonable como una garantía negativa, característica esencial

vicción cercana a la certeza absoluta, aunque no equivalente a la certeza matemática. “Although the phrase ‘beyond a reasonable doubt’ does not require proof to an absolute certainty, it does require more than proof that the accused is probably guilty” [“Aunque la expresión ‘más allá de una duda razonable’ no exige prueba con certeza absoluta, sí requiere más que probar que el acusado probablemente sea culpable]. De su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), aporta elementos en el Amparo Directo en Revisión 7464/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 2017. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-10/ADR-7464-2016-171017.pdf [consultado el 24 de abril del 2025].

10 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9.^a ed., Madrid: Trotta, 2006, pp. 584–586.

11 Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mohamed vs. Argentina, serie C, núm. 255, 23 de noviembre de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf [consultada el 24 de abril del 2025].

12 Amparo Directo en Revisión 7464/2016, *op. cit.*

13 CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 1917, art. 20, apartado B, fracción I, reforma publicada el 18 de junio de 2008. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008#gsc.tab=0 [consultada el 24 de abril del 2025].

14 CNPP: Código Nacional de Procedimientos Penales, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014, reforma publicada el 18 de junio de 2008. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf> [consultada el 24 de abril del 2025].

de un modelo garantista de derecho penal mínimo, cuyo propósito fundamental es prevenir la arbitrariedad en el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Según este enfoque, el estándar probatorio no es un mero instrumento técnico, sino que se integra estructuralmente en el debido proceso, de manera que funcione como salvaguarda de la legalidad, la racionalidad y la justicia material en la decisión judicial.¹⁵

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha consolidado criterios interpretativos que fortalecen el papel del principio de duda razonable como una garantía sustantiva a favor de los derechos del imputado. En el caso *Castro Castro vs. Perú*, la Corte IDH sostuvo expresamente que “toda duda razonable debe resolverse a favor del procesado”, y subrayó que corresponde al Estado acreditar la culpabilidad del acusado más allá de ella, como exigencia mínima del debido proceso penal en el marco del sistema interamericano.¹⁶

El estándar de duda razonable ha sido igualmente determinante para configurar los requisitos de motivación judicial en los sistemas penales acusatorios. En este modelo, no es suficiente la convicción subjetiva del juez: la sentencia debe fundarse en una valoración racional, lógica y jurídicamente motivada de los medios probatorios que permita concluir, más allá de toda duda razonable, que ha sido

desvirtuada la presunción de inocencia. Esta exigencia ha sido reconocida expresamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, la cual ha sostenido que la duda razonable constituye una garantía procesal y opera como estándar objetivo de valoración probatoria en el juicio penal.¹⁷

Definición jurídica y características de la duda razonable

Concepto

En las causas penales, la acusación formulada por la fiscalía debe demostrar la plena culpabilidad más allá de toda duda razonable de aquel gobernado sujeto a proceso penal. Esto significa que las pruebas presentadas durante el debate demostrativo deben ser tan convincentes que ninguna persona razonable puede tener dudas sobre la culpabilidad del acusado.

Desde nuestra óptica, el principio de duda razonable, en contra de lo sostenido por la mayoría de los tratadistas que lo unifican en un solo aspecto, genera una triple vertiente proteccionista en torno a la plena y efectiva acreditación de los extremos demostrativos en las causas penales. Pensamos al respecto que las vertientes referidas están representadas en los siguientes tres extremos:

¹⁵ Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 583-586.

¹⁶ Corte IDH, Caso Castro Castro vs. Perú, serie C, núm. 160, 25 de noviembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_181_esp.pdf [consultado el 24 de abril del 2025].

¹⁷ Tesis jurisprudencial: P.J. 8/2023 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, undécima época, 8 de diciembre de 2023. Registro digital: 2027822. <https://sjfsemanal.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027822> [consultada el 24 de abril del 2025].

- (i) la plena acreditación del hecho; es decir, que el hecho realmente hubiere sucedido en el mundo material;
- (ii) una vez acreditado que sí existió o se realizó el hecho, debe demostrarse que reviste cualidades típicamente relevantes; es decir, que tal acontecimiento, activo u omisivo, se encuentra previsto descriptivamente en la norma penal como un mandato prohibitivo o de hacer; y
- (iii) si y solo si se satisfacen los dos extremos anteriores, debe probarse plenamente que el gobernado a quien se atribuya la realización de tal hecho penalmente relevante tiene o no responsabilidad en el mismo.

En tal tesitura, podemos afirmar, para la conceptualización de este principio que debe entenderse como ‘aquella labor intelectual, netamente subjetiva, del impartidor de justicia que tiende a ponderar adecuadamente todo medio informativo desahogado en juicio y en su presencia que tienda a generar certeza respecto a la realización de un hecho, a que este sea penalmente relevante y a que un gobernado puso culpablemente una condición en su producción’. Si se conceptualiza de esta manera, debe ser vista como un estándar probatorio propio del derecho penal, que opera como una garantía procesal en favor del imputado y constituye un límite epistémico al poder punitivo Estatal.

Ferrajoli indica al respecto que debe ser entendida como la incertidumbre racional, fundada y objetiva que subsiste en el juzgador respecto a la responsabilidad penal del acusado, aun después de desahogado el debate probatorio. En presencia de dicha duda, debe dictarse sentencia absolutoria en virtud

del principio *in dubio pro reo*, estrechamente vinculado con la presunción de inocencia.¹⁸

Este estándar exige algo más que una mera sospecha subjetiva o una mera posibilidad de inocencia; requiere que el juzgador no haya alcanzado un grado de convicción tal que permita sostener, con base en la prueba rendida, que la hipótesis acusatoria ha sido demostrada plenamente más allá de toda duda razonable.¹⁹

Dentro de las características que estimamos como fundamentales de dicho principio podemos citar las siguientes:

1. *Función garantista*: Implica que actúa como mecanismo de protección contra errores judiciales, evitando condenas injustas derivadas de pruebas insuficientes o débiles.²⁰
2. *Naturaleza objetiva*: No debe basarse en percepciones personales del juzgador, sino en criterios racionales y jurídicamente fundamentados que surgen del análisis crítico del acervo probatorio.²¹

¹⁸ Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 585.

¹⁹ Tesis jurisprudencial: 1ª./J..25/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, tomo I, abril, 2014, p. 478. Registro digital: 2006093. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006093>

²⁰ Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, serie C, núm. 52, 30 de mayo de 1999. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf [consultado el 24 de abril del 2025].

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1989, Sala primera, España, 20 de febrero de 1989, fundamento jurídico 4. <https://hj.tri-bunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1989/44> [consultada el 24 de abril del 2025].

3. *Relación con la carga de la prueba:* Recae en la parte acusadora (Ministerio Público o Fiscalía) la obligación de presentar pruebas contundentes y obtenidas lícitamente para poder desvirtuar la presunción de inocencia del acusado más allá de toda duda razonable. Si no lo logra, el juzgador debe absolver.²²
4. *Estándar epistémico de certeza:* El contenido de certeza que se requiere para fundar una sentencia condenatoria no es una verdad absoluta ni metafísica, pero sí una convicción firme, construida racionalmente a partir de la prueba producida, que no deje lugar a dudas razonables; es decir, no exige certeza absoluta ni verdad ontológica, pero sí un grado elevado de convicción que excluya dudas razonables sobre la culpabilidad.²³
5. *Expresión de la racionalidad judicial:* Las resoluciones condenatorias deben estar debida y suficientemente motivadas, puesto que se demostró de manera lógica y jurídicamente fundada que la prueba incorporada al juicio ha sido suficiente para enervar la presunción de inocencia.²⁴

Ahora, en cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución procesal, debemos señalar que existen posiciones encontradas entre quienes la consideran como un *principio* y los que la estiman como *estándar de valoración probatoria*, para lo cual nos permitimos presentar el siguiente cuadro comparativo:

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Casal, Matías Eugenio y otro*, Recurso de hecho, Argentina, 20 de septiembre de 2005. Registro digital: FA05000322: <https://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-casal-matias-eugenio-otro-robo-simple-grado-tentativa-causa-1681-fao5000322-20-05-09-20/123456789-223-0005-0005-eupmoc-sollaf> [consultada el 24 de abril del 2025].

²³ José Cafferata Nores, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2021, pp. 355 y ss.

²⁴ Tesis aislada: 1a. CCXX/2015 (10a.), *Gaceta del*

Semanario Judicial de la Federación, libro 19, tomo I, México, junio, 2015, p. 590. Registro digital: 2009464. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009464> [consultada el 24 de abril del 2025]. En el mismo sentido, véase Tesis aislada: 1a. CCXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 19, tomo I, México, junio, 2015, p. 589. Registro digital: 2009463. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009463> [consultada el 24 de abril del 2025].

Tabla 1. Enfoques sobre duda razonable

Autor / Fuente	Enfoque	Posición doctrinal
<i>Principio procesal penal</i>		
José I. Cafferata Nores, <i>Derecho procesal penal</i> , Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2019, pp. 428-430.	La duda razonable es un principio general del derecho procesal penal, vinculado estructuralmente con la presunción de inocencia.	Se trata de una garantía constitucional, no de una mera pauta metodológica. Limita el poder punitivo del Estado.
Luigi Ferrajoli, <i>Derecho y razón. Teoría del garantismo penal</i> , 9.ª ed., Madrid: Trotta, 2006, pp. 583-586.	La duda razonable es una garantía negativa del modelo garantista.	Impone al Estado la obligación de probar más allá de toda duda razonable para legitimar una condena penal.
Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, <i>Derecho penal. Parte general</i> , 9ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 140.		Sostienen que la duda razonable no solo impide una condena injusta, sino que además “representa una manifestación de la garantía procesal del <i>in dubio pro reo</i> ”, al imponer al juzgador una convicción fundada más allá de toda duda razonable para dictar sentencia condenatoria. Para este autor, dicho estándar “constituye una medida de seguridad frente al error judicial y de respeto a la dignidad del imputado”.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci vs. Perú, serie C, núm. 52, 30 de mayo de 1999, párr. 139.	Estándar constitucional internacional de juicio justo.	La duda razonable es parte esencial del derecho a la presunción de inocencia.
<i>Regla de valoración de la prueba / estándar probatorio</i>		
Máximo Langer, <i>Prueba y verdad en el derecho</i> , Madrid: Marcial Pons, 2002, pp. 133-136.	La duda razonable es un estándar de certeza probatoria para condenar.	Regula el grado de convencimiento racional que debe alcanzar el juez en la valoración de la prueba.
Jordi Ferrer Beltrán, <i>La valoración racional de la prueba</i> , Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 55-70.	Es una regla epistémica de decisión judicial.	No basta con la creencia subjetiva del juez; la convicción debe excluir dudas racionalmente justificadas.

Autor / Fuente	Enfoque	Posición doctrinal
Miguel Carbonell, <i>Teoría general del proceso</i> , México: Porrúa, 2022-2023, pp. 347-349 y “Duda razonable: un estándar contra la arbitrariedad”. https://miguelcarbonell.me/2022/12/28/duda-razonable/		Al analizar casos paradigmáticos del sistema penal acusatorio mexicano, subraya que “la duda razonable debe interpretarse como una barrera infranqueable contra la arbitrariedad punitiva”, lo cual exige que las sentencias condenatorias estén respaldadas por una carga probatoria sólida, coherente y sin fisuras relevantes. En su análisis del Amparo Directo en Revisión 4/2022, la Corte, en palabras citadas por Carbonell, reitera que “ante la presencia de duda razonable, el juez debe absolver al imputado, pues ninguna condena puede sostenerse sin certidumbre plena sobre la responsabilidad penal”.
Tesis aislada: PR.P.T.CS.1 L (11a.), <i>Semanario Judicial de la Federación</i> , México. Registro digital: 2028577. https://bj.scjn.gob.mx/documento/tesis/2028577	La duda razonable actúa como regla de juicio derivada de la presunción de inocencia.	Se exige para declarar culpabilidad en el marco del proceso penal acusatorio.

Fuente: elaboración propia.

Como conclusión, podemos referir que la doctrina contemporánea y la jurisprudencia constitucional tienden a concebir la duda razonable como un principio garantista, estructuralmente ligado a la presunción de inocencia, aunque funcionalmente opera también como una regla de juicio. En consecuencia, su naturaleza es dual: principio estructural y criterio epistémico de decisión penal.

3. La duda razonable en el sistema jurídico mexicano

La transformación del proceso penal mexicano hacia un modelo acusatorio ha traído con-

sigo una profunda revisión de los estándares probatorios aplicables en materia penal. En este nuevo paradigma, la duda razonable surge como el eje del sistema de enjuiciamiento penal y exige que toda sentencia condenatoria se sustente en una convicción plena, objetiva, racional e imparcial que excluya cualquier incertidumbre razonable sobre la culpabilidad del imputado.

Fundamento constitucional

El reconocimiento constitucional de la duda razonable se encuentra en el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el

cual establece el principio de presunción de inocencia: “Toda persona imputada será tratada como inocente mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.²⁵

Este mandato impone una carga de prueba al Estado que no se satisface con simples indicios o sospechas. Solo una prueba plena, objetiva, obtenida lícitamente, razonada y, sobre todo, desahogada ante el impartidor de justicia en juicio puede desvirtuar dicha presunción, y esa desacreditación debe excluir cualquier duda razonable.

De esta manera, dicha institución se configura como una garantía negativa del proceso penal, en los términos que ya hemos señalado como expuestos por Ferrajoli, al impedir la imposición de penas sin una certeza racional derivada de la prueba legalmente obtenida.

Desarrollo legal en el Código Nacional de Procedimientos Penales

Haciendo eco de la directiz constitucional, en el plano legal, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) desarrolla el estándar de la duda razonable en diversos preceptos. El artículo 2º, *in fine* consagra como fin del proceso penal el esclarecimiento de los hechos en condiciones que aseguren la justicia, el respeto a los derechos humanos y la presunción de inocencia; de suyo, el diverso 13º reitera que toda persona deba ser considerada inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Específicamente, el artículo 402 dispone que el juez solo podrá dictar sentencia condenatoria cuando “las pruebas desvirtúen

la presunción de inocencia y establezcan la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda razonable”.²⁶ Así, la legislación secundaria ha positivado este estándar como requisito estructural del fallo condenatorio.

La dimensión convencional de la duda razonable

A partir de la reforma constitucional de 2011, el orden jurídico mexicano reconoce la jerarquía normativa de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y obliga al intérprete jurídico a aplicar el principio pro persona.

En este contexto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2, consagra el derecho de toda persona a ser presumida inocente mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

De su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado este derecho en múltiples precedentes; el que ya hemos citado, *Castro Castro vs. Perú*, establece que toda condena penal debe estar basada en pruebas suficientes y que toda duda razonable debe resolverse a favor del procesado. De este modo, la duda razonable se configura como una garantía de racionalidad judicial, de observancia obligatoria para los Estados parte.

En el caso mexicano, esta doctrina ha sido incorporada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ha sostenido que la duda razonable constituye no solo un criterio de valoración probatoria, sino también una garantía sustantiva del debido proceso penal.

²⁵ CPEUM, *op. cit.*, art. 20.

²⁶ CNPP, *op. cit.*, art. 402.

La duda razonable como límite epistémico y garantía procesal

Como ya hemos referido, la duda razonable cumple una doble función: epistémica y garantista. En su dimensión epistémica, establece un umbral de convicción judicial que impide condenas sin pruebas claras, suficientes, legales y concluyentes. En su dimensión garantista, actúa como salvaguarda del principio acusatorio, debido a que impide que la carga de la prueba se revierta al acusado.

En este sentido, no basta con la convicción subjetiva del juez. La sentencia debe exponer razonadamente cómo las pruebas, en su conjunto, eliminan toda incertidumbre racional. De lo contrario, debe prevalecer la absolución. Así lo ha establecido la Suprema Corte al señalar que el principio de duda razonable no es un simple criterio de oportunidad, sino una regla de juicio vinculante.

4. La duda razonable como garantía de imparcialidad y limitación al *ius puniendi*

Función en la etapa de juicio oral

En la etapa de juicio oral es donde el principio de duda razonable adquiere su máxima expresión; en este momento procesal, el órgano jurisdiccional, que ha de mantener una postura imparcial y objetiva, se enfrenta a la tarea de valorar la totalidad de la prueba desahogada ante su presencia durante la audiencia.

Bajo este marco, la duda razonable actúa como un criterio epistémico de decisión: si después de valorar las pruebas en conjunto, subsiste una incertidumbre razonable respecto a la materialidad del hecho o sobre si es típicamente relevante y no se puede determinar la culpabilidad del imputado, la única

resolución conforme al debido proceso es la absolución.

En este sentido, el Poder Judicial Federal ha señalado que “el juez no puede condenar si no ha llegado a un grado de convencimiento pleno, más allá de toda duda razonable, respecto de la responsabilidad penal del imputado”. Esta convicción debe sustentarse en elementos probatorios objetivos, no en valoraciones subjetivas ni en intuiciones.²⁷

Carga de la prueba y papel del Ministerio Público

La distribución de cargas procesales es uno de los pilares del modelo acusatorio. Así que quien acusa, ya sea el Ministerio Público o el asesor victimológico en los casos de acción privada, tiene la inexorable carga de probar la existencia de un hecho, que este es penalmente relevante y, en su caso, la culpabilidad del acusado, quien goza de la presunción de inocencia y no está obligado a demostrarla.

Esta regla, íntimamente ligada al principio *nemo tenetur se ipsum accusare* (“nadie está obligado a acusarse a sí mismo”), implica que el silencio del acusado no puede ser interpretado en su contra y que la falta de prueba exculpatoria no es en sí misma indicativa de culpabilidad.

Esta configuración reafirma que toda condena penal debe ser el resultado de una actividad probatoria sólida, legalmente ob-

²⁷ Contradicción de Criterios: 98/2023, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo IV, México, abril, 2024, p. 3558. Registro digital: 32312. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/32312> [consultada el 24 de abril del 2025].

tenida y valorada conforme a criterios de racionalidad. Si la voz acusadora no logra acreditar la trilogía delictiva (existencia de un hecho, que este sea penalmente relevante y la culpabilidad del acusado con grado de certeza), el tribunal está obligado a absolver a la persona acusada.

Por tanto, la duda razonable no puede ni debe ser percibida como una concesión judicial, sino que, por el contrario, es una obligación jurídica derivada del sistema de garantías previamente establecido en norma nacional y supranacional.

Relevancia en la sentencia absolutoria

La función más decisiva de la duda razonable se manifiesta en las sentencias absolutorias. Lejos de ser un criterio excepcional o residual, debe entenderse como una regla de juicio: cuando existe una duda razonable que no ha sido eliminada por la prueba desahogada, la sentencia absolutoria es la única decisión legítima en un Estado constitucional de derecho.²⁸

Además, esta decisión debe ser motivada de manera lógica, congruente, clara y exhaustiva, de manera que exponga por qué la prueba no logró desvirtuar la presunción de inocencia. No basta con afirmar la existencia de duda; el juez debe fundamentar de qué manera las inconsistencias, omisiones o contradicciones en la prueba generaron incertidumbre sobre los elementos esenciales del tipo penal imputado.

En este sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que el principio de presunción de inocencia impone que toda duda razona-

ble se resuelva en favor del procesado, y que una condena sin prueba plena constituye una violación del debido proceso.²⁹

Imparcialidad judicial y control del ius puniendi

La imparcialidad del juzgador constituye una garantía procesal que se ve reforzada por la existencia del estándar de la duda razonable. Al exigir un grado elevado de convicción racional, este estándar impide que el juez actúe bajo prejuicios, presunciones o presiones externas, y le obliga a fundar su decisión exclusivamente en las pruebas válidamente incorporadas al juicio. Esto se traduce en una limitación real al poder de castigar del Estado (*ius puniendi*), que no puede ejercerse, sino bajo condiciones estrictamente definidas y dentro de los márgenes del principio de legalidad penal.

Así, la duda razonable opera como un contrapeso institucional al poder punitivo, garantizando que las decisiones judiciales no se basen en corazonadas, expectativas sociales ni lógica de resultados, sino únicamente en la prueba producida con respeto al debido proceso.

²⁹ Corte IDH, Caso J. vs. Perú, serie C, núm. 275, 27 de noviembre de 2013. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf. El criterio fue reiterado, además, en el Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú, serie C, núm. 319, 21 de octubre del 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf [consultados el 28 de abril del 2025].

²⁸ Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 585-586.

Análisis de estándares de valoración probatoria

La aplicación del estándar de la duda razonable requiere un examen riguroso de los criterios de valoración probatoria utilizados por el juzgador. Esta tarea no solo implica determinar si la prueba es suficiente, sino también establecer cómo se ha construido el conocimiento judicial y si el grado de certeza alcanzado excluye racionalmente toda duda fundada sobre los extremos del delito.

¿Estándar cuantitativo o cualitativo?

Una de las discusiones más relevantes en torno a la duda razonable es si este estándar debe entenderse en términos cuantitativos, es decir, como un porcentaje de certeza, o cualitativos, como una convicción racional y fundada en la lógica jurídica.

La doctrina garantista ha criticado los enfoques cuantitativos por introducir una lógica aritmética impropia del juicio penal, sosteniendo que el estándar debe operar desde una perspectiva cualitativa y argumentativa, basada en la solidez, coherencia y capacidad explicativa de los elementos probatorios ofrecidos.³⁰

El juzgador no debe valorar la prueba como quien suma piezas en una balanza, sino como quien analiza si la narrativa probatoria construida resiste el escrutinio lógico y no deja márgenes de duda razonable. En esta línea, la motivación judicial adquiere un papel central: debe exponer por qué, a partir de las pruebas incorporadas, se ha generado

una convicción que racionalmente excluye toda hipótesis alternativa exculpatoria.

La problemática de la prueba indiciaria

El indicio como medio informativo para generar convicción plantea desafíos particulares al principio de duda razonable. Si bien es válida y puede conducir a una condena, su utilización requiere especial rigor.

El indicio no es prueba directa de un hecho, sino de un hecho intermedio del cual se pretende deducir otro mediante un razonamiento inferencial. Por tanto, su eficacia probatoria depende de que exista una cadena lógica, plural y coherente de indicios que, en conjunto, conduzcan a una sola hipótesis plausible: la culpabilidad del acusado.³¹

En caso de que esa cadena tenga eslabones débiles, contradicciones o pueda sostener hipótesis alternativas razonables, debe operar el principio de *in dubio pro reo*. La Corte Interamericana ha advertido que, cuando la prueba es exclusivamente indiciaria, las inferencias deben estar razonablemente fundadas y no basadas en suposiciones.³² De lo contrario, una condena basada únicamente en inferencias no corroboradas viola el derecho al debido proceso y al juicio justo.

³¹ Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 577-580.

³² Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, serie C, núm. 166, 4 de julio de 2007. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf [consultado el 28 de abril del 2025].

³⁰ José Cafferata Nores, *op. cit.*, p. 432.

5. Críticas y retos de la duda razonable en la práctica forense

A pesar de su importancia estructural en los sistemas penales acusatorios, el estándar de la duda razonable enfrenta diversos retos prácticos y críticas conceptuales en su aplicación cotidiana, especialmente en el contexto de la actividad judicial forense. La mayoría de estas dificultades derivan de la ambigüedad conceptual del estándar y del amplio margen de discrecionalidad judicial que permite su interpretación.

Ambigüedad conceptual y discrecionalidad judicial

Uno de los principales cuestionamientos que se formula al estándar de la duda razonable es su falta de definición precisa.

A diferencia de otros conceptos jurídicos positivizados, este estándar carece de una delimitación normativa clara que establezca con objetividad cuándo se configura una duda razonable. Esta vaguedad conceptual deja al juzgador con un amplio margen de valoración, que puede resultar en decisiones disímiles ante supuestos similares, lo cual debilita la seguridad jurídica y la coherencia del sistema.³³

Esta discrecionalidad judicial implica riesgos. En contextos donde existe presión pública, política, sobrecarga institucional o prejuicios estructurales, la duda razonable puede verse erosionada por criterios subjetivos, interpretaciones laxas o valoraciones arbitrarias. Ello genera una tensión entre la función garantis-

ta del estándar y su eficacia real como barrera para el poder punitivo del Estado.

Riesgo de decisiones subjetivas

La subjetividad en la aplicación del estándar puede manifestarse en la valoración selectiva o fragmentaria de la prueba, en razonamientos circulares o en conclusiones que no resisten análisis lógico. El mayor peligro radica en que la convicción judicial no siempre se deriva de una cadena argumentativa objetiva, sino de percepciones individuales que se traducen en sentencias motivadas *a posteriori* para justificar decisiones previamente adoptadas.³⁴

De suyo, la jurisprudencia nacional ha advertido sobre este fenómeno. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha subrayado que el juzgador no puede suplir la insuficiencia probatoria con meras conjeturas o razonamientos especulativos, pues ello vulnera la presunción de inocencia y desnaturaliza el principio de legalidad penal.³⁵

La exigencia de una motivación reforzada

Para contrarrestar estos riesgos, el sistema exige una motivación reforzada en los fallos penales, particularmente en aquellos que resultan en condena. El juzgador debe explicar

33 Alberto Binder, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, pp. 201-203.

34 Jesús Cafferata Nores, *op. cit.*, p. 434.

35 Tesis jurisprudencial: 1a./J. 25/2014 (10a.), *op. cit.* y Tesis aislada: 1a. LXXIV/2005, *Semana Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXII, México, agosto, 2005. Registro digital: 177538. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/177538> [consultada el 24 de abril del 2025].

con claridad, coherencia, congruencia y rigor lógico cómo la prueba desahogada excluye racionalmente toda hipótesis exculpatoria. No es suficiente con afirmar que se alcanzó la convicción; debe demostrarse que tal convicción es fruto de una valoración integral, racional y conforme a la sana crítica.³⁶

Esta motivación no solo es un requisito procesal, sino también una garantía sustantiva del derecho de defensa y un mecanismo de control judicial, tanto interno como externo, que permite verificar la corrección de la decisión adoptada. En este sentido, la motivación se convierte en la traducción jurídica de la duda razonable como límite epistemológico del poder punitivo.

Formación judicial y criterios orientadores

La operatividad efectiva del estándar de la duda razonable no depende exclusivamente de su consagración normativa, sino de las condiciones institucionales, formativas y metodológicas del sistema de justicia penal.

En este contexto, la formación judicial especializada y el uso de criterios orientadores, pero sobre todo claros, como los protocolos probatorios y las guías jurisprudenciales, resultan esenciales para garantizar que la duda razonable funcione como un mecanismo real de contención del poder punitivo y no como una fórmula vacía o discrecional.

³⁶ Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, serie C, núm. 209, 23 de noviembre de 2009. <https://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf> [consultado el 24 de abril del 2025].

Relevancia de los protocolos probatorios

Los protocolos de actuación y valoración probatoria son instrumentos técnicos que orientan a los jueces en la interpretación y aplicación de los principios fundamentales del proceso penal. En particular, proporcionan marcos metodológicos para la evaluación racional de la prueba, con base en la cual se eviten decisiones judiciales arbitrarias o desiguales.

En el contexto mexicano, es conocido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha promovido el uso de protocolos jurisdiccionales en materia probatoria y de derechos humanos, porque reconoce su utilidad para limitar la discrecionalidad interpretativa y reforzar la motivación judicial. Dichos protocolos establecen principios rectores en la apreciación de pruebas indirectas, la determinación de la credibilidad de testigos y la exigencia de coherencia inferencial en las sentencias condenatorias.

En este sentido, los protocolos no sustituyen la función jurisdiccional, pero sí actúan como garantías de racionalidad judicial y coherencia interinstitucional, para asegurar que el estándar de la duda razonable se aplique conforme a parámetros objetivos y verificables.

Formación judicial y capacitación continua

La formación judicial continua constituye uno de los pilares sobre los cuales descansa la legitimidad epistémica de las decisiones penales. En tanto que la duda razonable exige un juicio fundado en la lógica, la experiencia y el conocimiento especializado, el juzgador debe estar preparado para analizar críticamente la prueba, evaluar hipótesis alternativas y formular decisiones motivadas con sustento técnico y jurídico.

Este tipo de razonamiento requiere herramientas formativas en teoría del conocimiento, epistemología jurídica, hermenéutica probatoria y estándares internacionales en derechos humanos, que deben incorporarse de forma sistemática a los programas de capacitación judicial.

En la práctica forense, la carencia de formación específica o la improvisación en el nombramiento o la elección popular de jueces sin experiencia puede traducirse en una comprensión imprecisa del estándar de la duda razonable o en su aplicación superficial, lo cual compromete la garantía de imparcialidad y la presunción de inocencia.

Por ello, organismos como el Instituto Federal de la Judicatura y la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia han hecho hincapié en la necesidad de reforzar la especialización de los jueces penales y de amparo en materia de estándares probatorios, mediante documentos internos e informes emitidos al respecto.

Uniformidad jurisprudencial y control epistémico

Finalmente, la consolidación de criterios jurisprudenciales vinculantes y la difusión de precedentes relevantes contribuyen a que los órganos jurisdiccionales cuenten con referencias interpretativas claras sobre cómo aplicar la duda razonable. Esto no solo favorece la uniformidad judicial, sino que fortalece el control epistémico de la función jurisdiccional, porque permite el escrutinio público, académico y procesal de las decisiones penales.

De esta manera, la articulación entre protocolos, formación y jurisprudencia forma un triángulo institucional que reduce los márgenes de error judicial, fortalece la funda-

mentación racional de las decisiones y consolida la duda razonable como un verdadero límite constitucional al poder de castigar del Estado.³⁷

6. Propuestas de mejora y reflexiones finales

El estándar de la duda razonable representa uno de los instrumentos más sofisticados y fundamentales del derecho procesal penal contemporáneo. No se trata únicamente de una fórmula técnica, sino de una garantía estructural del debido proceso, cuyo correcto entendimiento y aplicación constituyen una condición de legitimidad del ejercicio del *ius puniendi*.

A pesar de su consagración normativa en los planos constitucional, legal y convencional, persisten desafíos significativos para su implementación uniforme y efectiva. Frente a ello, se vuelve imprescindible formular propuestas institucionales, formativas y axiológicas que fortalezcan su operatividad desde una perspectiva garantista.

Protocolos técnicos y guías metodológicas para jueces y fiscales

La ambigüedad conceptual que caracteriza al estándar de la duda razonable exige, en primera línea, el desarrollo de protocolos metodológicos claros, que orienten la actuación

³⁷ Jorge González, *Estándares probatorios y razonamiento judicial penal*, Bogotá: Temis, 2019, pp. 243–248. En el mismo sentido, véase Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá: Legis, 2006, pp. 211–216.

tanto del Ministerio Público como del órgano jurisdiccional. Estos instrumentos deben contener criterios estandarizados de valoración probatoria, matrices de análisis lógico-inferencial y lineamientos para una motivación robusta y racional de las decisiones.

Su objetivo no es uniformar el contenido de las sentencias, sino reducir la arbitrariedad interpretativa y promover prácticas judiciales coherentes con los principios del juicio justo. Tal como advierte la doctrina, la existencia de protocolos no suprime la independencia judicial, sino que la dota de marcos epistémicos verificables que permiten el control externo de la función jurisdiccional.³⁸

Formación sistemática en estándares probatorios y razonamiento judicial

La segunda línea de acción consiste en incorporar de forma sistemática el estudio de la duda razonable y la teoría de la prueba en los planes de formación de los operadores jurídicos. Ello requiere incluir módulos específicos en licenciaturas, maestrías, cursos de actualización judicial y programas de formación pericial, orientados a desarrollar no solo habilidades técnicas, sino también competencias argumentativas y epistémicas.

Especial énfasis debe colocarse en la capacitación de peritos, cuyo desempeño incide directamente en la construcción del conocimiento judicial. Sus informes deben responder a estándares de coherencia, relevancia y suficiencia, en correspondencia con las exi-

gencias del sistema acusatorio y del principio de presunción de inocencia.³⁹

Una garantía que encarna el principio de humanidad

Más allá de su dimensión técnica, la duda razonable debe concebirse como una manifestación sustantiva del principio de humanidad que rige al proceso penal en un Estado constitucional de derecho. Exigir certeza racional para condenar no es solo un deber jurídico, sino también una expresión del respeto por la dignidad del imputado como sujeto de derechos, incluso en el contexto del conflicto penal.

Ferrajoli sostiene que el modelo garantista de justicia penal exige que toda sanción esté precedida de prueba plena y que la duda se resuelva siempre a favor del acusado. Esta concepción hace de la duda razonable más que una mera herramienta procesal, una condición moral y política de legitimidad del castigo, que opera como límite último frente a los errores judiciales y al castigo infundado.⁴⁰

La consolidación de este estándar como principio epistémico, técnico y axiológico exige una cultura judicial orientada a la racionalidad, la prudencia y la contención del poder punitivo. En ese horizonte, su defensa no es solo una cuestión de técnica jurídica, sino una apuesta ética por un derecho penal verdaderamente humano y respetuoso de las garantías fundamentales.

³⁸ Diego Eduardo López Medina, *op. cit.*, pp. 264-268.

³⁹ Jorge González, *Técnicas de litigación en el nuevo proceso penal acusatorio*, México: Oxford University Press, 2016, p. 152.

⁴⁰ Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 583-583.

7. Conclusiones

El análisis desarrollado a lo largo del presente estudio ha permitido confirmar que la duda razonable no es solo un estándar técnico de valoración de prueba, sino también una garantía procesal de orden constitucional y convencional que define los contornos del juicio penal en un sistema democrático y garantista. Su correcta aplicación constituye un parámetro esencial de legitimidad del ejercicio jurisdiccional y del uso del poder punitivo del Estado.

Se ha evidenciado que el estándar de duda razonable cumple una doble función: por un lado, opera como un límite epistémico en el momento de valorar la prueba en juicio, porque exige certeza racional más allá de la mera verosimilitud; por otro, actúa como un principio estructural del debido proceso, articulado con la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la imparcialidad del juzgador.

Asimismo, se ha verificado que su eficacia práctica depende de múltiples factores: el grado de formación técnica de los operadores jurídicos, la existencia de criterios interpretativos uniformes, la disponibilidad de guías metodológicas y la presencia de una cultura judicial centrada en los derechos humanos.

Se confirma plenamente que, sin condiciones institucionales que respalden su aplicación (tales como protocolos de actuación, formación judicial especializada y desarrollo jurisprudencial constante), la duda razonable corre el riesgo de diluirse como mero formalismo. La carencia de guías interpretativas y la dispersión de criterios entre tribunales generan espacios de discrecionalidad judicial que afectan la uniformidad del derecho y pueden vulnerar directamente derechos fundamentales, como la libertad personal y el principio de presunción de inocencia.

En relación con su relevancia dentro del sistema penal acusatorio, este estudio reafirma que la duda razonable debe ser entendida como uno de los pilares normativos y epistémicos de mayor jerarquía dentro del modelo procesal mexicano. No se trata únicamente de un requisito de motivación en las sentencias condenatorias, sino de una condición necesaria para el respeto de la legalidad, la racionalidad de la función judicial y la integridad del proceso penal.

La duda razonable obliga a los tribunales a adoptar una actitud de contención, prudencia y rigor argumentativo frente al ejercicio del castigo penal, lo cual adquiere especial relevancia en contextos de presión mediática, alta criminalidad o desequilibrio estructural entre las partes procesales.

Finalmente, se formula un llamado urgente a la consolidación de un sistema probatorio auténticamente garantista, que conciba la actividad probatoria no como una mera etapa del proceso, sino como un espacio de construcción racional, verificable y dialógica de la verdad jurídica.

En tal modelo, el principio de duda razonable no es un obstáculo al castigo legítimo, sino un instrumento de justicia sustantiva, orientado a evitar errores irreparables, como la condena de inocentes. La cultura judicial que se requiere es aquella que reconozca que el proceso penal no es un instrumento de represión, sino un mecanismo de resolución racional y humana de conflictos, en el que el respeto por la dignidad del imputado constituye el eje de toda intervención estatal.

Por tanto, defender y perfeccionar la aplicación de la duda razonable no es solo un imperativo técnico o normativo, sino también una afirmación ética del Estado de derecho frente a los abusos del poder, las presunciones de culpabilidad y los juicios de convicción sin fundamento. Se trata, en definitiva, de

reafirmar que ninguna condena es legítima si no está precedida de una verdad procesal construida con garantías, motivación, racionalidad y justicia.

8. Referencias

AGUILAR LÓPEZ, Alejandro, *Teoría del delito y debido proceso penal acusatorio*, 3.^a ed., México: Tirant lo Blanch, 2020.

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *La justicia penal en México. Balance de dos décadas 2000-2020. Presunción de inocencia y duda razonable*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (Serie Doctrina Jurídica, 944), 2021.

Amparo Directo en Revisión 7464/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 2017. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-10/ADR-7464-2016-171017.pdf [consultado el 24 de abril del 2025].

BINDER, Alberto, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. IV, Oxford: Clarendon Press, 1769. <https://lonang.com/wp-content/download/Blackstone-CommentariesBk4.pdf> [consultado el 24 de abril del 2025].

CAFFERATA NORES, José, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2021.

CARBONELL, Miguel, *Teoría general del proceso*, México: Porrúa, 2022-2023.

CNPP: Código Nacional de Procedimientos Penales, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014, reforma publicada el 18 de junio de 2008. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf> [consultada el 24 de abril del 2025]

Contradicción de Criterios: 98/2023, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo IV, México, abril, 2024, p. 3558. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/32312> [consultada el 24 de abril del 2025].

Corte IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso J. vs. Perú, serie C, núm. 275, 27 de noviembre de 2013. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf [consultado el 28 de abril del 2025].

Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, serie C, núm. 52, 30 de mayo de 1999. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf [consultado el 24 de abril del 2025].

Corte IDH, Caso Castro Castro vs. Perú, serie C, núm. 160, 25 de noviembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_181_esp.pdf [consultado el 24 de abril del 2025].

Corte IDH, Caso Mohamed vs. Argentina, serie C, núm. 255, 23 de noviembre de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf [consultada el 24 de abril del 2025].

Corte IDH, Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú, serie C, núm. 319, 21 de octubre del 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf [consultado el 28 de abril del 2025].

Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, serie C, núm. 209, 23 de noviembre de 2009. <https://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf> [consultado el 24 de abril del 2025].

Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, serie C, núm. 166, 4 de julio de 2007. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf [consultado el 28 de abril del 2025].

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Casal, Matías Eugenio y otro, Recurso de hecho, Argentina, 20 de septiembre de 2005. Registro digital: FA05000322. <https://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-casal-matias-eugenio-otro-robo-simple-grado-tentativa-causa-1681-fa05000322-2005-09-20/123456789-223-0005-00ts-eupmocsollaf> [consultada el 24 de abril del 2025].
- CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 1917, reforma publicada el 18 de junio de 2008. Visible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008#gsc.tab=0.
- DESCARTES, René, *Discurso del método*, Madrid: Alianza, 2003.
- DESCARTES, René, *Meditaciones metafísicas*, Madrid: Cátedra, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9.ª ed., Madrid: Trotta, 2006.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- GONZÁLEZ, Jorge, *Estándares probatorios y razonamiento judicial penal*, Bogotá: Temis, 2019.
- KENNY, Anthony, *La filosofía moderna*, Madrid: Tecnos, 2019.
- KENNY, Anthony, *La razón y el conocimiento. Una historia de la filosofía occidental*, Marc Jiménez (trad.), Barcelona: Ariel, 2007.
- LANGER, Máximo, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2002.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá: Legis, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 9º ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- R. v. Lifchus [1997] 3 SCR 320, Supreme Court Judgments, Canadá, 26 de septiembre de 1997. Caso 25063. <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1549/index.do> [consultado el 25 de abril del 2025].
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Madrid: Civitas, 2006.
- Tesis aislada: 1a. CCXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 19, tomo I, México, junio, 2015, p. 589. Registro digital: 2009463. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009463> [consultada el 24 de abril del 2025].
- Tesis aislada: 1a. CCXX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 19, tomo I, México, junio, 2015, p. 590. Registro digital: 2009464. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2009464> [consultada el 24 de abril del 2025].
- Tesis aislada: 1a. LXXIV/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXII, México, agosto, 2005. Registro digital: 177538. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/177538> [consultada el 24 de abril del 2025].
- Tesis aislada: PR.P.T.CS.1 L (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, México. Registro digital: 2028577. <https://bj.scjn.gob.mx/documento/tesis/2028577>
- Tesis jurisprudencial: 1ª./J..25/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, tomo I, abril, 2014, p. 478. Registro digital: 2006093. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006093>
- Tesis jurisprudencial: P.J. 8/2023 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, undécima época, 8 de diciembre de 2023. Registro digital: 2027822. <https://sjfsemanal.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027822> [consultada el 24 de abril del 2025].

Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1989, Sala primera, España, 20 de febrero de 1989. <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1989/44> [consultada el 24 de abril del 2025].

“Woolmington vs. Director of Public Prosecutions”, *Case Briefs*. https://casebrief.fandom.com/wiki/Woolmington_v_Director_of_Public_Prosecutions [consultada el 24 de abril del 2025].



El delito de lavado de activos en las legislaciones penales centroamericanas

*The Offense of Money Laundering Under
Central American Criminal Law*

• **Martín Alexander Martínez Osorio** •

Profesor de Derecho penal de la Universidad Tecnológica de El Salvador y docente del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica de Nicaragua (INEJ). La elaboración de este artículo no hubiera sido posible sin la información legal proporcionada por mis apreciados colegas y amigos: Carlos Castellanos (Guatemala), Wendy Escobar (Honduras), Olger Calvo (Costa Rica), Reynaldo Murillo (Nicaragua) y Digna Atencio Bonilla (Panamá). Para ellos, mi gratitud y reconocimiento.

El delito de lavado de activos en las legislaciones
penales centroamericanas

The Offense of Money Laundering Under Central American Criminal Law

• Martín Alexander Martínez Osorio •
• Instituto de Estudio e Investigación Jurídica de Nicaragua •

Fecha de recepción
20-01-2025

Fecha de aceptación
07-03-2025

Resumen

El artículo realiza un estudio comparativo de las legislaciones centroamericanas acerca del delito de lavado de activos, desde la Convención de Viena de 1988 hasta el presente. Destaca tanto los diversos aspectos comunes de las normativas como cuestiones específicas relacionadas con el contexto de cada país; con ello, intenta demostrar el incesante proceso de armonización legal de esta región.

Palabras clave

Lavado de activos, derecho comparado, fraude fiscal, reformas legales.

Abstract

The article presents a comparative study of Central American legislation regarding the crime of money laundering, from the 1988 Vienna Convention to the present. It highlights various common aspects of the regulations as well as specific features related to the context of each country; in doing so, it seeks to demonstrate a continuous process of harmonization taking place in this region.

Keywords

Money laundering, comparative law, tax fraud, legal reforms.

Sumario

1. Introducción: contexto internacional y regional. / 2. Panorama legislativo en Centroamérica. / 3. El interés penalmente protegido. / 4. El objeto de las conductas típicas. / 5. La “ilicitud” como característica del bien (la subsecuencia delictiva). / 6. La autonomía procesal y material. / 7. Las conductas típicas. / 8. El autoblanqueo. / 9. La tipicidad subjetiva del lavado de dinero. / 10. Conclusiones. / 11. Referencias.

1. Introducción: contexto internacional y regional

El lavado de activos es un proceso cuya finalidad es encubrir el origen ilícito de bienes que constituyen un producto directo o indirecto del crimen, los que, mediante sucesivas transformaciones, sustituciones, transferencias personales o mezcla con bienes lícitos, se busca insertar dentro del circuito económico legal, como también evitar su detección con el fin de impedir su incautación, embargo o decomiso por parte de las agencias del sistema penal.¹ En otras palabras, es una secuencia de actos encaminados a un propósito último: aprovechar e invertir las exorbitantes ganancias derivadas de la comisión de delitos graves y fortalecer financieramente a grupos y organizaciones criminales.²

Como refiere un amplio sector doctrinal, aunque sus antecedentes los encontramos en la legislación italiana y estadounidense,³ el lavado de activos se reconoce a nivel

reconocida jurisprudencialmente —por ejemplo— por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su sentencia de 9 de abril de 2014, en la que afirmó: “[...] la conducta punible se verifica con la puesta en marcha de indefinidas operaciones que conforman un proceso en el que constantemente se busca ocultar los enlaces de ilegalidad que caracteriza a los bienes, camino en el cual concursan varias personas que con su actuación incurrir en el delito” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 42722 de 2014, Magistrada ponente: Patricia Salazar Cuéllar, Colombia, 9 de abril de 2014. ID: 251173).

¹ Al respecto, Prado Saldarriaga sostiene que el lavado de activos es un delito-proceso que se realiza mediante etapas o fases secuenciales, y en el que los activos se van transformando hasta adquirir una apariencia legal que posibilitará su restitución en el circuito económico. Por ello, a la primera etapa se le denomina “colocación”; a la segunda, “intercalación” y a la tercera, integración. Vid. Víctor Roberto Prado Saldarriaga, *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú*, Lima: Idemsa, 2019, p. 81.

² Esta idea del lavado como proceso ha sido

³ El *Riciclaggio* fue introducido en la legislación italiana mediante el *Decreto Legge* 59 del 21 de marzo de 1978 en el artículo 648-Bis del Código Penal. Por su parte, en Estados Unidos, se dicta en el año 1986, la *Money Laundering Control Act* de 1986, que introdujo las secciones § 1956 (*Laundering of monetary instruments*) y § 1957 (*Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity*) dentro del Título 18 del *United States Code* (USC).

internacional a partir la Convención de las Naciones Unidas contra los Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 —en adelante: “Convención de Viena”—. Este documento estableció una definición que fue incorporada en las regulaciones nacionales desde finales de los años ochenta del siglo pasado, aunque en ese momento, únicamente relacionó al narcotráfico como conducta antecedente.⁴

Posteriormente, con la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional —en adelante: “Convención de Palermo”—, la regulación se amplió más allá de lo expuesto por su antecesora, estableciendo que esta figura delictiva: (a) se debe aplicar a la gama más amplia posible de delitos determinantes; (b) aunque la ejecución de los delitos antecedentes fuera en un territorio distinto del que lleva el proceso jurisdiccional por lavado de activos, este último Estado podrá conocer, siempre que tales conductas se encuentren reguladas en su legislación nacional (principio de doble incriminación); (c) excepcionalmente no se podrá castigar por lavado de activos a quien comete el delito antecedente (con lo que tácitamente se admite el castigo del autoblanqueo) y (d) los elementos subjetivos relacionados con las diversas conductas del delito en referencia pueden inferirse de las circunstancias objetivas que rodean el hecho (indicios). Vale añadir que esta Convención reconoció la necesidad de dar una respuesta penal, civil o administrati-

va a las personas jurídicas que son utilizadas como instrumentos para la comisión de los delitos establecidos en dicho documento.⁵

Lo anteriormente estipulado se mantuvo en la posterior Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003 —en adelante “Convención de Mérida”—, pero además, esta desarrolló de mejor manera prescripciones enfocadas en la prevención del lavado de activos, tales como la aplicación del *know your customer* (KYC) en el establecimiento y mantenimiento de las relaciones comerciales; la fijación de medidas de admisión y monitoreo continuo de las actividades económicas en las que intervengan *politically exposed persons* (PEP) y el necesario establecimiento de una unidad de inteligencia financiera que reciba los reportes de los sujetos obligados, entre otros aspectos.

La concreción de las convenciones en reglas más detalladas correspondió al Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF), el cual, desde 1990, elabora y actualiza las denominadas “40 Recomendaciones Internacionales” que han servido como el estándar óptimo para los sistemas de represión y prevención anti-lavado a nivel mundial —y que actualmente comprenden sugerencias contra la Financiación del Terrorismo y la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva—. En materia del delito del lavado de activos, la Recomendación Internacional 3 —en adelante RI 3— es sumamente clara en que las legislaciones nacionales deben seguir lo preceptuado por las Convenciones de Viena y

4 Sobre el desarrollo del lavado de activos en la normativa internacional, *vid.* Miguel Abel Souto, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2002, pp. 77 y ss.

5 ONU, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (A/RES/55/25), 8 de enero de 2001, art. 10.

Palermo y reitera que los países deben incluir en su legislación la “mayor gama posible de delitos determinantes”.⁶

Por su parte, las notas interpretativas de la RI 3, establecen otros aspectos que las legislaciones nacionales deben considerar:

- a. la necesidad de que existan delitos “auxiliares” a las conductas básicas del lavado de activos estipuladas en los convenios de 1988 y 2000, como son la participación, asociación, conspiración, asesoría, etcétera;
- b. los delitos antecedentes al lavado de activos pueden regularse de acuerdo con un listado, la fijación de un umbral conforme su penalidad o una combinación de ambos sistemas. Pero también pueden considerarse *todos* los delitos como determinantes;
- c. sin embargo, para el castigo por el blanqueo no se requerirá alguna condena previa o simultánea por cualquiera de ellos;
- d. la aplicación de la figura delictiva en examen debe tener como objeto cualquier tipo de propiedad independientemente de su valor económico;
- e. queda a opción de los países, conforme sus principios fundamentales, el castigo del autoblanqueo;
- f. la comprobación probatoria, tanto de la intención como del conocimiento de cualquiera de las conductas de blanqueo, podrá inferirse de acuerdo con las circunstancias objetivas del hecho;

- g. si bien se mantiene la regla de doble incriminación, bastará que el delito antecedente sea punible en la jurisdicción que conoce del lavado de activos, y
- h. preferentemente, en el caso de las personas jurídicas, estas deberán ser sancionadas penalmente, y en su defecto, pueden regularse sanciones civiles o administrativas. En relación con ello, se recalca en las notas interpretativas, que las sanciones deben ser “eficaces, proporcionales y disuasivas”.⁷

Como vemos, las regulaciones internacionales en materia de lavado de activos han definido con mucha precisión diferentes aspectos que deben considerarse tanto en la investigación como en el juzgamiento del delito. A ello hay que añadir que, a nivel regional, podemos encontrar instrumentos normativos más detallados, como acontece en Europa con los Convenios Europeos de Estrasburgo (1990) y Varsovia (2005) y con sus seis directivas.⁸

En América Latina, es preciso mencionar el Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de 1992 —en adelante Reglamento CICAD-OEA—, que ha servido de inspiración a muchas legislaciones de la región, pese a su carácter no vinculante

6 Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), *Las recomendaciones del GAFI* [en línea], febrero, 2012. <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf.coredownload.inline.pdf>

7 *Ibidem*, RI 32.

8 Sobre las diferentes directivas europeas, *vid.* Ángela Matallín Evangelio, “El ‘autoblanqueo’ de capitales”, en Carlos Andrés Guzmán Díaz (coords.), Carlos Viveiros y Juan Elías Carrión Díaz, *El delito de lavado de activos. Aspectos de política criminal, dogmáticos y probatorios*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019, pp. 364-370.

(*soft law*).⁹ En especial, su influencia es manifiesta en el Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, de 1997.¹⁰

El Reglamento CICAD-OEA mantiene su inspiración en las 40 Recomendaciones del GAFI y sus notas interpretativas, puesto que reitera aspectos ya mencionados, como las conductas básicas, los comportamientos auxiliares que deben ser incriminados, el rol de la prueba indiciaria en cuanto a los elementos subjetivos de la conducta, entre otros. Sin embargo, existen tópicos que merecen destacarse, entre ellos: si bien la selección de los delitos graves queda a discreción de los Estados, afirma que varios países han consi-

derado el tráfico ilícito de drogas, la trata de seres humanos y el tráfico ilegal de personas, la prostitución, la pornografía, el secuestro, la extorsión, los delitos contra la administración pública (corrupción), el tráfico de armas, el terrorismo y el fraude. Recalca, además, la autonomía del lavado de activos en relación con el delito determinante, a tal grado que no importa si la comisión del hecho fuente tuvo lugar en otra jurisdicción o que pueda proceder la extradición. En tal caso, el Estado que conoce del lavado de activos puede sustanciar el procedimiento penal y sancionar.¹¹

Quizás el aspecto más importante del instrumento latinoamericano sea la regulación de la dimensión subjetiva del delito, el cual puede cometerse “a sabiendas”, “debiendo saber” o con “ignorancia intencional” en cuanto al conocimiento sobre el origen ilícito de los bienes. Este aspecto genera una intensa discusión acerca de los alcances del dolo eventual, la imprudencia y la figura anglosajona del *willful blindness*.

En el año 1997, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, suscribieron el Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos. Con este texto se buscó la armonización de las legislaciones de los países centroamericanos y ha influido de manera determinante en sus normas internas. En ciertas partes, se inspiró en el Reglamento CICAD-OEA.

9 Sobre el mismo, *vid.* Eduardo Fabián Caparrós, “Internacionalización del lavado de activos e internacionalización de la respuesta”, en Isidoro Blanco Cordero *et al.*, *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 5^o ed., Washington D.C.: OEA, 2014, pp. 27-29.

10 Winter Etcheberry señala que en el año 1986 ya se había creado la CICAD dentro de la OEA, y a partir de la Convención de Viena de 1988 se encomienda a un grupo de expertos preparar un modelo de legislación contra el lavado de activos, pero dentro del contexto del tráfico de drogas. El Reglamento Modelo apareció en marzo de 1992, y fue aprobado por la Asamblea General de la OEA el 23 de mayo de 1992, aunque ha sido objeto de posteriores modificaciones en 1997 y 1998. *Vid.* Jaime Winter Etcheberry, “La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”, en Kai Ambos, Dino Carlos Caro Coria y Ezequiel Malarino (coords.), *Lavado de activos y Compliance*, Lima: Jurista Editores, Lima, 2015, pp. 103-104.

11 Organización de los Estados Americanos (OEA), Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves, art. 3. https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_blv_reglamento.pdf

Dentro de sus aspectos más destacables, enumera las razones de incriminación del lavado de activos y lo califica como un delito *multi-ofensivo*, pues tiene efectos nocivos para las economías de los Estados centroamericanos al permitir la consolidación de las ganancias derivadas del delito y conducir a la descomposición de las estructuras sociales, políticas y económicas. En suma, posee un claro disvalor social que merece ser prevenido y reprimido. Adicionalmente, mantiene la enumeración de las conductas típicas conforme a los Convenios de Viena y Palermo, pero señala que: “Las sanciones correspondientes a cada delito serán fijadas por cada Estado Parte de conformidad a su legislación interna y tomando en consideración las establecidas por los demás Estados Parte”.¹²

En relación con las conductas típicas, si bien mantiene su regulación conforme las estipulaciones de Viena y Palermo, expone la necesidad de que existan penas agravadas cuando los delitos sean cometidos por funcionarios y empleados públicos. Por otro lado, reitera lo preceptuado en el Reglamento CICAD-OEA, acerca de que el lavado de activos se “investigará, enjuiciará, fallará o sentenciará” de forma independiente del delito al tráfico ilícito de drogas u otro delito conexo, y sin importar la jurisdicción en que hubiera ocurrido el primero.¹³

¹² Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, art. 2. https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_centroame_preven_repre_deli_lava_dine_acti_relacio_trafi_il%C3%ADci_droga_deli_cone_1997.pdf

¹³ *Ibidem*, art. 3.

2. Panorama legislativo en Centroamérica

La diversa normativa internacional y regional sobre la represión del lavado de activos ha sido incorporada con un alto grado de sujeción por parte de las legislaciones centroamericanas. Empero, el contexto social, político y económico ha resultado determinante para la formulación de soluciones legislativas a nivel local que no es posible encontrar en otros territorios. Este es el caso, por ejemplo, de Panamá, que mediante la reforma efectuada por la Ley 70, de 2019, introdujo un tipo especial de blanqueo en el que los delitos antecedentes son de naturaleza tributaria.¹⁴ Esto deriva de la importante influencia que posee la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), de 2010.¹⁵

Otro elemento diferenciador es lo referido a la denominación. En la mayor parte de países de la región suele llamarse “lavado de activos”. Sin embargo, en Panamá se utiliza la denominación “blanqueo de capitales” y en Costa Rica “legitimación de capitales con

¹⁴ Código Penal de la República de Panamá, adoptado por la Ley 14 de 2007, última reforma del 31 de enero de 2019, art. 254-A. <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/2/2021/06/462/codigo-penal-actualizado-al-mes-de-diciembre-de-2020-1.pdf>

¹⁵ La Ley de Cumplimiento de Impuestos de Cuentas Extranjeras de Estados Unidos (FATCA) del año 2010, tiene como finalidad, que los contribuyentes de ese país paguen sus impuestos adeudados, y es indiferente que sus activos se encuentren en jurisdicciones o entidades financieras ajenas al territorio norteamericano. Sobre esto, *vid.* G. Aguilar, *Cumplimiento anti-lavado*, Panamá: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2020, p. 30.

origen ilícito”. Como sea, conviene advertir que nos estamos refiriendo al mismo fenómeno criminal detallado en los convenios internacionales de Viena, Palermo y Mérida: *al reciclaje de activos provenientes de actividades delictivas*, denominación que, a mi parecer, es la correcta.¹⁶

Ahora bien, si se efectúa un desarrollo histórico del delito de lavado de activos en el contexto centroamericano, es posible diferenciar tres etapas. Las primeras normativas —por influencia de la Convención de Viena— estuvieron relacionadas con el tráfico ilícito de drogas. Esto aparece con suma claridad en la tipificación del artículo 23 del decreto de ley (DL) hondureño 126-1989. En el mismo sentido, se ubica el artículo 69 de la Ley 7786-1988 costarricense y la reforma efectuada al antiguo Código Penal panameño en 1986, que introdujo ese delito en la legislación canalera.

En la segunda etapa, a finales de los noventa y principios del siglo XXI, es posible encontrar ordenamientos jurídicos más detallados, como las leyes especiales salvadoreña (DL498-1998) y guatemalteca (DL 67-2001). En esta época, la opción legislativa se enfocó en la creación de leyes integrales antilavado que comprendieran aspectos de represión, prevención, medidas relativas al tratamiento

de los bienes de origen ilícito, así como preceptos relativos a la cooperación internacional. El mejor ejemplo fue la ley hondureña que entró en vigencia en el 2015 (DL144-2014). Un rasgo perceptible de estos cuerpos legales es que optaron entre considerar como delitos determinantes los que se encontraran taxativamente reconocidos como tales (Honduras); todos los que generaran ganancias (Guatemala) o por un sistema combinado entre ambos modelos (El Salvador). En ese momento, el sistema del umbral era únicamente seguido por Costa Rica (modificado recientemente a un sistema de *numerus apertus* en el año 2023) y, al menos cuatro de los países de la región, habían desarrollado leyes especiales en la materia.

En una tercera etapa, las regulaciones más recientes como los códigos penales nicaragüense (2007), el panameño (2007) y el hondureño (2017), insertan el delito de lavado dentro de su articulado y lo ubican generalmente en los tipos de naturaleza socioeconómica; se deja, por tanto, su regulación preventiva en el marco de leyes administrativas especiales. El caso hondureño es el más interesante, ya que se derogan los delitos relacionados con el lavado de activos de la Ley 144-2014 y pasan al Título XXV del Código Penal de 2017.

Por su parte en El Salvador, en el año 2024, se sometió al examen de la Asamblea Legislativa un proyecto denominado Ley Especial para la Prevención, Control y Sanción del Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, el cual no logró el apoyo parlamentario suficiente para su aprobación. La intención era derogar la ley especial vigente desde 1998 por un ordenamiento más acorde a las exigencias actuales en la materia.

En resumen, es posible advertir en la región un acelerado proceso de reformas le-

¹⁶ En esto sigo las puntualizaciones efectuadas por Díez Ripollés cuando afirma que expresiones como “regularización”, “reconversión”, “naturalización”, “normalización”, unidas en una locución “de capitales de origen delictivo” podrían ser las más indicadas. Vid. José Luis Díez Ripollés, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”, *Política criminal y Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 914.

gislativas que, hasta este día, se dirigen a una extensión aplicativa del delito de lavado de activos y a dotarlo de una severa respuesta punitiva. Esto es palpable en las recientes reformas legislativas de Panamá (2019), Honduras (2023), Costa Rica (2023) y Nicaragua (2024). Es preciso señalar que, en los países en referencia, ya se ha regulado la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que una de sus causales de aplicación es el delito en estudio.

Ahora bien, pese a las singularidades legislativas que pudieran encontrarse entre las diferentes naciones, es posible identificar siete tópicos básicos en los que se advierte una cierta armonización de contenidos: (a) el interés penalmente protegido; (b) el objeto material de la conducta; (c) la “ilicitud” como característica del bien maculado; (d) la autonomía procesal y material; (e) las conductas típicas; (f) el autoblanqueo; y (g) la tipicidad subjetiva. Conviene analizar estos tópicos en los siguientes apartados.

3. El interés penalmente protegido

Uno de los temas que mayor discusión provoca el lavado de activos, desde su origen, es cuál es el interés penalmente protegido. En esencia, se discute si lo que penalmente se protege es el bien jurídico vulnerado por el delito antecedente, el orden socioeconómico, la administración de justicia o todos estos intereses a la vez en razón de su proclamada *pluriofensividad*.

Un camino para revelar el interés tutelado puede ser recurrir al *datum legis* con el fin de encontrar una orientación interpretativa, sea mediante la revisión de la ubicación sistemática del lavado de activos en el Código Penal o en la mención de los intereses protegidos en los considerandos de una ley. En este punto, las legislaciones centroamericanas

suelen dividirse en dos posturas nítidamente identificables: la mayor parte reconoce que lo protegido es el orden socioeconómico (en alguna de sus dimensiones concretas); sin embargo, en más de alguna ley, los fines que se plantean son el desmantelamiento del patrimonio criminal y la neutralización del poder económico del crimen organizado.

En relación con la primera postura, el DL 67-2001 guatemalteco, considera que el delito en estudio protege la “estabilidad y solidez del sistema financiero”; también, las actividades de “formación de capital, ahorro e inversión”.¹⁷ En la misma sintonía, el DL 498-1998 salvadoreño, considera que el lavado de activos implica la instrumentación de las instituciones financieras, lo que “puede poner en peligro” su “solvencia y estabilidad”, y con ello, la confianza del público en general.¹⁸ En términos similares, la ley tica 7786-1988 menciona la necesidad de castigar cualquier actividad financiera que busque la legitimación de capitales con origen ilícito.¹⁹ Por su parte, la Ley 977-2018 de

¹⁷ Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, decreto núm. 67-2001, *Diario de Centroamérica*, Guatemala, 17 de diciembre de 2001, considerandos. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/decretos/199

¹⁸ Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, decreto núm. 498, *Diario Oficial*, núm. 240, tomo 341, El Salvador, 15 de mayo de 1998. <https://el-salvador.justia.com/nacionales/leyes/ley-contra-el-lavado-de-dinero-y-de-activos/gdoc/>

¹⁹ Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo, *La Gaceta*, núm. 93, Costa Rica, 15 de mayo de 1998. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.as

Nicaragua considera la necesidad de proteger a “la economía nacional y la integridad del sistema financiero de los riesgos asociados al Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo” y lo relacionado con “la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva”.²⁰ Y para finalizar, es preciso destacar que esta idea de protección del orden socioeconómico se muestra en consonancia con la ubicación que posee el blanqueo de capitales en el Código Penal panameño, esto es, en el título VII.²¹

Al respecto, podemos señalar que, si se considera el orden socioeconómico como el interés jurídico, este carece de la concreción suficiente para considerarlo como tal; y esto es por su carácter sumamente etéreo, pues no indica cuál de todas las actividades del libre mercado (en sentido amplio) o del direccionamiento económico estatal (en sentido estricto) resultan protegidas.²²

En un intento de clarificación, Blanco Cordero expone que existen dos intereses económicos que resultan esencialmente vulnerados por el delito en estudio: la *libre competencia* y la *estabilidad y solidez del sistema financiero*. En relación con lo primero, el blanqueo busca infiltrarse en la economía legal y alcanzar posiciones monopolísticas a través de la supresión de competidores; esto implica claramente una violación de la necesaria confianza que debe existir en las relaciones comerciales. Aunado a lo anterior, la falta de equilibrio entre los empresarios respetuosos de la ley con aquellos que poseen una fuente inagotable de riqueza derivada de actos delictivos afecta la sana competencia como valor esencial del libre mercado. Por otra parte, la utilización de las entidades financieras puede producir trastornos a diversos agentes del sistema económico, como suele ocurrir con los ahorrantes. Esto, en última instancia, puede repercutir en la pérdida de credibilidad de todo el sistema financiero.²³

px?nValor1=1&nValor2=29254

²⁰ Ley contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, núm. 977, *La Gaceta. Diario Oficial*, núm. 165, año 123, Nicaragua, 29 de agosto de 2019, art. 1. <https://www.poderjudicial.gob.ni/dg-cip/pdf/Ley-977-Ley-contra-lavado-activos.pdf>. Esta fue recientemente reformada mediante el decreto de ley 1215-2024.

²¹ La doctrina de ese país también lo considera de esta manera. *Vid.* Aura E. Guerra de Villalaz, “El delito de blanqueo de capitales o lavado de activos y la delincuencia organizada”, en Eugenio Raúl Zaffaroni, Digna M. Atencio Bonilla, Gustavo A. Arocena, Sergio J. Cuarezma Terán y Manuel Vidaurri Aréchiga (dirs.), *El Derecho penal latinoamericano: fundamentos, crítica y proyecciones*, Panamá: INEJ y ILANUD, 2022, p. 13.

²² Tal como señala Miguel Bajo Fernández,

existen dos concepciones acerca del delito socioeconómico: la primera que lo identifica con la afectación de la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país (en sentido estricto); o bien, toda aquella acción que lesiona o pone en peligro la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (en sentido amplio). *Vid. Derecho penal económico*, Madrid: Civitas, 1978, p. 36.

²³ *Vid.* Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2015, pp. 314-332. Como pone de manifiesto Caty Vidales Rodríguez, el lavado de activos logra “[...] el empañamiento de la transparencia del sistema financiero, el descrédito de las instituciones financieras y, en definitiva, la seguridad del tráfico comercial”. *Vid. Los delitos*

Pese a lo expuesto, el disvalor del lavado de activos no se agota únicamente en esta dimensión, pues también frustra las expectativas del Estado de hacerse con los bienes maculados y decomisarlos como una forma de realización de la justicia. En efecto, con su aplicación se busca asegurar un fin disuasivo o de prevención general, consistente en perseguir autónomamente el provecho del delito y evitar la consolidación de patrimonios criminales que fomenten más conductas delictivas.

En este sentido, tiene razón Abanto Vásquez, cuando afirma que a través de esta figura se busca hacer “menos rentable el delito a través de su penalización”²⁴ o, como expone lúcidamente Caro John, la punición del blanqueo pone en el centro de la protección a la administración de justicia, pues a través de ella se plasma la pretensión del Estado de descubrir y decomisar los bienes procedentes del delito bajo la idea de que “el dinero sucio pertenece al Estado”.²⁵

Esta finalidad disuasiva se expone claramente en el DL 144-2014 hondureño, cuando afirma que el objetivo básico del delito de lavado de activos es “[...] inhabilitar la estructura financiera de las organizaciones crimi-

nales, para que no puedan seguir financiando sus actividades ilegales y otras relacionadas a ellas”.²⁶ Esto se muestra en clara consonancia con lo manifestado en uno de los considerandos de la Convención de Viena acerca de neutralizar los rendimientos financieros y fortunas de las organizaciones criminales.²⁷

Esta argumentación nos parece acertada porque relaciona el lavado de activos con la necesidad de adoptar medidas de identificación, localización y recuperación de activos de origen ilícito, tanto para efectos de comiso o extinción de dominio, como para el castigo penal de quienes intervienen en los procesos de ocultamiento o simulación. Sin duda, esto puede generar inevitables colisiones interpretativas con el favorecimiento real propio del delito de encubrimiento; sin embargo, es posible deslindar sus ámbitos de aplicación, en la medida en que el reciclaje de capitales ilícitos tiene una capacidad lesiva añadida, esto es, facilita los resultados del hecho previo y favorece los delitos subsiguientes en los que se invierte el dinero sucio. En palabras de Molina Fernández, el blanqueo “crea un mercado [...] que favorece la comisión de los deli-

de receptación y legitimación de capitales en el código penal de 1995, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 93.

²⁴ Vid. Manuel Abanto Vásquez, *El delito de lavado de activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, 2017, p. 79.

²⁵ Cfr. José Antonio Caro John, “Los abogados ante el lavado de activos: recepción de honorarios sucios y deber de confidencialidad”, en Kai Ambos, Dino Carlos Caro Coria y Ezequiel Malarino (coords.), *Lavado de activos y Compliance*, Lima: Jurista Editores, 2015, pp. 210-211.

²⁶ Ley Especial contra el Lavado de Activos, decreto núm. 144-2014, *La Gaceta*, núm. 33,718, Honduras, 30 de abril de 2015, considerandos.

²⁷ “Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles” (ONU, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988, considerandos).

tos de los que procede el dinero blanqueado” al permitir “a sus autores una expectativa más que razonable de poder lucrarse con su hecho”. Pero, además, “la legalización del dinero comporta que pueda ser reinvertido en la comisión de nuevos delitos”.²⁸

Ahora bien, esta segunda postura no excluye la comprobada nocividad que el lavado de activos posee para el libre mercado, la transparencia en las relaciones económicas y la solidez del sistema financiero. Mas bien, se trata de diversas facetas que demuestran su evidente lesividad social. Por ello, se han impuesto concepciones tanto doctrinarias como jurisprudenciales que reconocen su indiscutible *pluriofensividad*, a lo que se agrega la afectación de otros intereses institucionales, como la seguridad interior del Estado o el efecto corruptor que el dinero sucio genera dentro de las instituciones públicas.²⁹

²⁸ Fernando Molina Fernández, “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la «participación» en el delito previo”, en Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese, *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 119.

²⁹ Sobre las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales acerca del carácter pluriofensivo del lavado de activos, *vid.* Miguel Abel Souto, *El delito de blanqueo en el Código Penal español*, Barcelona: J. M. Bosch, 2005, pp. 83-89. En igual sentido, *vid.* Caty Vidales Rodríguez, *op. cit.*, p. 93; Prado Saldarriaga, *op. cit.*, p. 85. Sintéticamente, Reátegui Sánchez indica: “[l]o cierto es que el delito, en sí mismo, debe ser concebido como uno de naturaleza pluriofensiva, pues a través de su conducta típica se afectan distintos bienes jurídicos:

4. El objeto de las conductas típicas

Distinta a la discusión sobre el bien jurídico protegido, es la referente al objeto sobre el que recaen las diversas conductas típicas.³⁰ En esto son enfáticos los instrumentos internacionales respecto de que, en el lavado de activos, hablamos de bienes que son producto directo o indirecto de un delito (entendido como un injusto típico). En consecuencia, tenemos un sustantivo (“el bien”) al que se le añade un ingrediente normativo (“producto de una actividad delictiva”), que puede adoptar diversas modalidades: sustituido, mezclado, transferido o transformado.³¹

en primer lugar hay una afectación al orden socio-económico determinada por la circulación de mercaderías ilícitas en el mercado, de igual forma a partir de la redacción de la tipicidad, existiría una afectación al sistema de administración de justicia, puesto que la conducta está orientada a sustraer las mercaderías del control ordinario de la autoridad correspondiente, para evitar la identificación de su origen” (James Reátegui SANCUEZ, *Lavado de activos y compliance criminal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2021, p. 84).

³⁰ Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5° ed., Olmedo Cardenete (trad.), Granada: Comares, 2002, pp. 277-278.

³¹ Mateo Bermejo, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 318. Sostiene el jurista argentino que en el blanqueo de capitales podemos referirnos a bienes que originariamente provienen del delito (el dinero producto de la estafa) como de sus substitutivos (el dinero adquirido con el producto de la estafa). En consecuencia, es punible el blanqueo de los bienes substitutivos, como también, de los derivados del lavado en cadena.

Respecto al entendimiento del término “bien”, este tiene una connotación civilista: se trata de aquellas cosas que se encuentran dentro del patrimonio de una persona y son susceptibles de evaluación pecuniaria.³² En otras palabras, toda entidad material o inmaterial, estimable en dinero y que puede tener relevancia jurídica por cuanto puede ser objeto de derechos patrimoniales.³³ De igual manera, pueden encontrarse dentro de la referida categoría aquellas situaciones que susciten apariencias de derechos con valor patrimonial.³⁴ En esto, la definición base se expresa en la letra *q*) del artículo 1 de la Convención de Viena (1988), que establece lo siguiente: “[p]or bienes se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.³⁵

Esta definición se mantiene inalterada en las Convenciones de Palermo (artículo, 2 letra *d*) y Mérida (artículo 3, letra *b*), así como en el artículo 1 del Reglamento CICAD-OEA. Sin embargo, el Convenio Centroamericano, agrega que también son activos, susceptibles de propiedad y de valoración económica, lo que acerca su caracterización a concepciones civilistas.³⁶ En este sentido se redacta el

artículo 69 de la ley especial tica (“bienes de interés económico”). Se descarta, entonces, del radio de acción de este delito, la *res nullius* y los objetos que se encuentren fuera del comercio o que se consideren prohibidos. En esto, algunas legislaciones centroamericanas siguen la definición internacional (Honduras) o hacen referencia al dinero, bienes, valores, fondos, derechos u otros recursos financieros (Guatemala y El Salvador).

En cambio, en las legislaciones nica y panameña, encontramos una mayor precisión. En el artículo 4 de la ley nicaragüense contra el lavado de activos se ejemplifican como bienes susceptibles de blanqueo, según se dice, sin pretensión de exhaustividad, “los créditos bancarios, cheques de viajero, cheques bancarios, giros postales, acciones, valores, bonos, letras de cambio o letras de crédito, y

con origen delictivo es perceptible en las leyes de extinción de dominio (comiso sin condena) de Guatemala y El Salvador que comprenden dentro de su ámbito de aplicación bienes susceptibles de valoración económica que puedan ser administrados y que sean generadores de beneficios económicos o de utilidad para el Estado. Al respecto, *vid.* Ley de Extinción de Dominio, con el objeto de recuperar a favor del Estado, sin condena penal previa ni contraprestación alguna, los bienes, las ganancias, productos y frutos generados por las actividades ilícitas o delictivas, decreto núm. 55-2010, *Diario de Centroamérica*, tomo CCXC, núm. 97, Guatemala, 29 de diciembre de 2010, art. 2.b. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/decretos/13227?utm_source=chatgpt.com y la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, decreto núm. 534, *Diario Oficial*, núm. 223, El Salvador, 28 de noviembre de 2013, art. 4. b.

³² Luis Guillermo Velásquez Jaramillo, *Bienes*, 12º ed., Bogotá: Temis, 2010, pp. 2 y 3.

³³ Cfr. Francisco Ternera Barrios, *Derechos reales*, 4º ed., Bogotá: Temis, 2015, pp. 17-18.

³⁴ Vid. Wilfried Botke, “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, *Revista Penal*, núm. 2, 1998, pp. 1-16.

³⁵ ONU, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, *op. cit.*, art. 1.

³⁶ Esta idea del valor económico de los bienes

cualquier participación, dividiendo u otros ingresos en, o valor acumulado a partir de, o generado por tales fondos u otros activos”.³⁷ Por su parte, el artículo 259 del Código Penal de Panamá considera como objetos de transacción el “depósito, el cheque de gerencia, la tarjeta de crédito, débito o prepagada, giro, certificado de depósito, cheque de viajero [...], transferencia y orden de pago, compra y venta de divisa, las acción, bono y cualquier otro título o valor por cuenta del cliente [...]”.³⁸

Manifiesto interés suscita la inclusión de los criptoactivos como objeto de lavado de activos. La ley especial tica los considera expresamente dentro del tipo penal contemplado en el artículo 69 (“activos virtuales”).³⁹ De igual forma, el Decreto 1072-2021, incluyó en la ley especial preventiva nicaragüense una definición de ellos: “[e]s una representación digital de valor que se puede comercializar o transferir digitalmente y se puede utilizar para pagos o inversiones. Los activos virtuales no incluyen representaciones

digitales de moneda fiat, valores y otros activos financieros”.⁴⁰

El Salvador, pese a que consideró al Bitcoin como moneda de curso legal, no lo incluyó dentro de la regulación penal del lavado de activos, sino en una ley especial que tampoco lo definió normativamente.⁴¹ Fue hasta la promulgación de la Ley de Emisión de Activos Digitales (2023) que se caracterizaron como:

³⁷ Ley contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, *op. cit.*, art 4.1.

³⁸ Código Penal de la República de Panamá, *op. cit.*, art. 259.

³⁹ *Cfr.* Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiación del Terrorismo, *op. cit.*, art. 69: “a) Quien adquiera, invierta, administre [...] o transmita bienes de interés económico, activos virtuales y sus derechos [...]. b) Quien oculte [...] los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, incluyendo los activos virtuales”.

⁴⁰ Nos referimos a la Ley contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva de Nicaragua (Ley 977-2018) y en la que, mediante la Ley 1072-2021, se introdujo la referida definición y reglamentación de los activos virtuales. Ley de Reformas y Adiciones a la Ley núm. 977, Ley Contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva y Adición a la Ley núm. 561, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, núm. 1072, *La Gaceta. Diario Oficial*, núm. 89, Nicaragua, 17 de mayo de 2021, art. 4.2 *bis*.

⁴¹ Establece el art. 1 de la Ley Bitcoin (Decreto Legislativo 57-2021): “Art. 1.- La presente ley tiene como objeto la regulación del bitcoin como moneda de curso legal, irrestricto con poder liberatorio, ilimitado en cualquier transacción y a cualquier título que las personas naturales o jurídicas públicas o privadas requieran realizar. Lo mencionado en el inciso anterior es sin perjuicio de la aplicación de la Ley de Integración Monetaria”. Ley Bitcoin, decreto núm. 57, *Diario Oficial*, núm. 431, El Salvador, 9 de junio de 2021. <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/FC7303D5-78F1-4D23-9467-5226F6EFD510.pdf>

[...] una representación digital que puede almacenarse y transferirse electrónicamente, utilizando un sistema de tecnología de registro distribuida, o tecnología similar o análoga, en la cual los registros se encuentran enlazados y cifrados para proteger la seguridad y privacidad de las transacciones. Como característica esencial, los activos digitales pueden ser poseídos, intercambiados, transferidos, negociados y promovidos por personas naturales y jurídicas.⁴²

Quizás lo más relevante de los activos virtuales es que se valen de una plataforma descentralizada en la que se utilizan técnicas criptográficas como mecanismo de protección, y una base de datos constituida sobre un sistema de cadena de bloques.⁴³ Estos, de acuerdo con lo señalado por Lamas Suárez (quien

sigue las puntualizaciones efectuadas por Barrio Andrés), poseen tres características: a) están registrados de alguna forma en un “libro mayor digitalmente distribuido y asegurado con criptografía; b) por lo general hacen uso de la tecnología *blockchain*”; y c) pueden servir como “medio de pago con fines de inversión para acceder a un producto o servicio, o bien una combinación de los anteriores”.⁴⁴

De tal manera, nos hemos encontrado con legislaciones que expresamente los incluyen dentro de la tipicidad penal, otras que lo hacen en leyes económicas y aquellas que no hacen ninguna mención; la interrogante a responder es si los *digital assets* pueden ser objeto de un blanqueo de capitales. La respuesta es afirmativa: estamos en presencia de bienes digitales con valor económico y que pueden poseerse, utilizarse, transferirse o transformarse en dinero *fiat*, y que también pueden servir como mecanismos de ocultación de las ganancias de procedencia delictiva.

Como muy bien señala Prado Saldarriaga, los criptoactivos son una innovadora manifestación de un patrimonio virtual, inmaterial o intangible. Por tanto, deben hacerse interpretaciones de las leyes del lavado de activos bajo una lectura progresista y funcional, en la que se rechace, por anacrónico, cualquier cuestionamiento formalista al respecto.⁴⁵

⁴² Ley de Emisión de Activos Digitales, decreto núm. 643, *Diario Oficial*, núm. 16, tomo 438, El Salvador, 24 de enero de 2023, art. 3. Se advierte que esta definición es similar a la establecida en el artículo 1 del Reglamento de la Unión Europea, relativa a los Mercados de Criptoactivos (1114/2023): “...una representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro distribuido o una tecnología similar”. Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) no 1093/2010 y (UE) no 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937 (Texto pertinente a efectos del EEE), Unión Europea, 31 de mayo de 2023.

⁴³ María Belén Linares, *Lavado de activos ilícitos mediante criptomonedas*, Buenos Aires: Ad Hoc, Buenos Aires, 2024, pp. 22 y 23.

⁴⁴ Gerardo Lamas Suárez, *Lavado de activos y criptoactivos*, Lima: Instituto del Pacífico, 2024, p. 77.

⁴⁵ Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga, *op. cit.*, pp. 138-140.

5. La “ilicitud” como característica del bien (la subsecuencia delictiva)

Una característica esencial de los bienes objeto del lavado de activos es que se deriven de una actividad delictiva de las que el legislador establezca como fuente. A esto se refiere el primer párrafo de la letra *a*) del artículo 6 de la Convención de Palermo (“el origen ilícito de los bienes”) y nos demuestra su naturaleza como delito de *conexión* con aquel que genera los rendimientos económicos.⁴⁶ Hablamos de un vínculo que debe quedar acreditado siquiera indiciariamente dentro del proceso penal para la obtención de una condena.⁴⁷

Esta relación de causa y efecto entre el delito antecedente y las maniobras tendientes a introducir al circuito económico legal las ganancias derivadas del primero, suele caracterizarse como una “subsecuencia delictiva” e implica que “un hecho delictivo requiere para su configuración de otro que debe acontecer previamente”. Se trata de “una conducta adhesiva ‘post-ejecutiva’ configurada como un crimen posterior (nuevo, diferente y autónomo), pero a la vez dependiente” del hecho previo. Como expone Balmaceda Quirós, “en la subsecuencia delictiva siempre hay dos he-

chos relacionados intrínsecamente, pero diferentes entre sí”.⁴⁸

La subsecuencia delictiva suele regularse de diferentes maneras conforme a las notas interpretativas números 2 y 3 de la RI 3 de GAFI: pueden considerarse como delitos determinantes todos los contemplados en la legislación penal sin limitación alguna (*sistema de numerus apertus*) o solo unos cuantos que aparecerían detalladamente enumerados (*sistema de numerus clausus*). Un tercer sistema sería establecer su gravedad a partir de un determinado monto de la pena privativa de libertad (*sistema de umbral*: un máximo de un año de prisión o un mínimo de seis meses para su consideración como “delito grave”); Y cabe un cuarto sistema que se constituye en una combinación de los anteriores (*sistema mixto*).⁴⁹

Como ejemplos de este último modelo se encuentran las legislaciones hondureña y salvadoreña. La primera califica como delitos “graves” a los que tienen una pena superior a 5 años (arts. 13 letra a) y 36.1 CP), pero también, a los que expresamente se enuncian en el artículo 439 del CP. En cuanto al segundo, se establece como hecho determinante toda

⁴⁶ Percy García Caveró, *El delito de lavado de activos*, 2º ed., Lima: Jurista Editores, 2015, p. 100.

⁴⁷ Señala Gálvez Villegas: “[...] es necesario puntualizar que el origen delictivo de los bienes, dinero, efectos o ganancias materia de lavado, deben estar vinculados o conectados a la actividad criminal previa solo a través de una vinculación causal razonable, sin que se requiera probanza o acreditación del delito previo alguno”. Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas, *El delito de lavado de activos*, Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 193.

⁴⁸ Sostiene Balmaceda Quirós que el hecho previo puede encontrarse en estados muy diversos de desarrollo y presentar características muy diversas. Desde que está en actos preparatorios punibles o en tentativa puede servir para configurar la subsecuencia, siempre que de estos grados de desarrollo pueda utilizarse algún elemento para el conexo-subsiguiente. Cfr. Justo Fernando Balmaceda Quirós, *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva*, Barcelona: Atelier, 2014, p. 118.

⁴⁹ Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), *op. cit.*

actividad delictiva generadora de dinero u otros activos, pero especialmente, los delitos contemplados en el artículo 6 de la Ley Especial. Pese a esto último, el proyecto de la nueva ley salvadoreña se encamina a la adopción del sistema de umbral.⁵⁰

Si bien, como lo reconoce el mismo Reglamento Modelo CICAD-OEA, estamos en presencia de un ámbito de libre configuración por parte del legislador nacional, es perceptible una tendencia expansiva en las legislaciones centroamericanas de considerar todos los delitos como comportamientos antecedentes.⁵¹ Este es el caso de Guatemala, El Salvador y Costa Rica. Sobre este último país, es muy interesante resaltar que desde la vigencia del DL 7786-1998, se siguió la técnica del umbral (delito grave es aquel cuya pena de prisión sea mayor de cuatro años). Esto fue modificado conforme el DL 10373-2023 y actualmente puede considerarse como determinante cualquier delito. Distinto es el caso de Nicaragua, que mantiene el sistema del umbral,⁵² y

Panamá, con un sistema de listado.⁵³ Pero es predecible que ambas regulaciones, en su momento, se van a alinear con la tendencia dominante en la región.

Un dato interesante para el análisis de *lege ferenda* es cuál sería el modelo eficaz para la persecución de las ganancias ilícitas, pero que también fuera compatible con los principios de un derecho penal de corte constitucional; para el caso, con los principios de lesividad, taxatividad y proporcionalidad sancionatoria. En particular, porque el sistema de *numerus apertus* permite sancionar con la penalidad del lavado de activos conductas antecedentes que suelen tener una gravedad comparativamente menor,⁵⁴ y aquí no existe una regla como la que se establece en el encubrimiento, en el que la pena no puede superar a la que le correspondería por el delito que se favorece.⁵⁵

⁵⁰ Reza el art. 38 del Proyecto de Ley salvadoreño: “Para los efectos de la presente Ley, se entenderá como delito precedente de lavado de activos, toda actividad delictiva contemplada en el ordenamiento jurídica catalogada como delito grave cuya pena máxima exceda de tres años y multa cuyo límite máximo exceda de doscientos días multa”.

⁵¹ Señala el Reglamento Modelo CICAD-OEA en su art. 1.4: “Por ‘delitos graves’ se entiende aquellos que así sean definidos por el ordenamiento jurídico de cada Estado y, en particular, el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos”. OEA, Reglamento modelo, *op. cit.*

⁵² Reza el párrafo segundo del art. 282 del Código Penal de Nicaragua: “[l]as conductas anteriores son constitutivas de este delito cuando tengan como actividad ilícita prece-

dente aquellas que estén sancionadas en su límite máximo superior con pena de dos o más de prisión”. Código Penal, ley núm. 641, Nicaragua, noviembre de 2007. https://www.poderjudicial.gob.ni/arc-pdf/cp_641.pdf

⁵³ *Vid.* la actual redacción del art. 254 del Código Penal de Panamá.

⁵⁴ No obstante lo expuesto, existen quienes apuestan por el sistema de *numerus apertus*, pues con él se evitan posibles vacíos de punibilidad y se releva al legislador de modificar constantemente la regulación para mantenerla actualizada. *Cfr.* Carmen E. Ruiz López, Renato Vargas Lozano, Laura Castillo Garay y Daniel E. Cardona Soto, *El lavado de activos en Colombia*, 2º ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 154.

⁵⁵ Regla que, por ejemplo, está en el Código Penal español en su art. 452: “En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubier-

Esto provoca una práctica perversa por parte de algunas agencias del sistema penal, de desechar la investigación por el delito antecedente y enfocarse en la imputación procesal por el lavado de activos. Quizás por ello, es posible postular que los sistemas más adecuados desde el ámbito de los principios constitucionales en juego podrían ser el de la formulación de un listado o la opción por el sistema del umbral que establezca los delitos fuentes conforme a parámetros de gravedad y probable impacto de las ganancias dentro del sistema económico (criterio de gravedad abstracta). Sin embargo, también existen críticas a la técnica legislativa del listado, en la medida en que el surgimiento de nuevos hechos delictivos requerirá estar modificando continuamente el código penal.⁵⁶

En la realidad, la opción por cualquiera de estos modelos no es obstáculo cuando el legislador decide ampliar el catálogo bajo un afán punitivista o suprime infracciones penales del listado para favorecer ciertas formas de delincuencia. Ejemplos de estas dos situaciones existen. Sobre la ampliación desmesurada del catálogo, se encuentra la legislación panameña en la materia. El DL41-2000

únicamente contenía 10 delitos antecedentes. En la actualidad, y conforme la última reforma operada mediante el DL70-2019, se ha llegado a los 35.⁵⁷

Un ejemplo de la segunda situación, la supresión arbitraria de infracciones antecedentes, puede encontrarse en Honduras. Mediante el DL 93-2021, se suprimió del artículo 439 del Código Penal —que regula el delito de lavado de activos— la mención a todo “delito grave” como hecho determinante y solo quedó la aplicación del blanqueo para los delitos expresamente indicados. Adicionalmente, se suprimió de ese listado el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios (art. 484 CP) y el supuesto de “incremento patrimonial no justificado”. Esto permitió aplicar la ley penal posterior favorable a procesados y condenados por delitos que, de ahí en adelante, ya no eran “graves”, y a quienes se les tramitó un proceso penal por no justificar razonablemente el origen de sus activos.⁵⁸

to”. Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, España, 23 de noviembre de 1995. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2024-118

56 Señala con acierto Hernando Hernández Quintero: “[...] las listas cerradas imponen una permanente revisión de los tipos penales que generan los recursos objeto del lavado, lo que sugiere la reforma permanente de las normas y que, en ocasiones, la inclusión de nuevos delitos obedezca a la presión de la comunidad, antes que a verdaderos estudios criminológicos”. *Vid. El lavado de activos*, 4º ed. Bogotá: Ibáñez, 2017, p. 139.

57 Sobre esto, *vid.* G. Aguilar, *Cumplimiento anti-lavado*, *op. cit.*, p. 22.

58 Esta es la posición seguida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Honduras en sus decisiones de 6 de febrero de 2023 (Ref. CP-559-21) y 8 de febrero de 2023 (Ref. CP-547-18). Así, en la sentencia primeramente relacionada se sostiene: “Una nueva legislación penal sustantiva genera un conflicto de normas en el tiempo, en donde el juzgador tiene la disyuntiva de aplicación entre la norma vigente al momento del hecho y la norma al momento de juzgamiento, debiendo —como regla general— aplicar aquella que imperaba cuando el sujeto activo realizó la conducta reprochada penalmente (Principio de Identidad), pero excepcionalmente podrá anteponer la norma al momento del juzgamiento cuando ésta haga tratamiento

Esto tuvo que ser remediado mediante el DL 43-2023, que volvió a incluir dentro del contenido del artículo 439 CP, a todos los delitos “graves”, a los delitos contra la administración pública —incluyendo el artículo 484 CP— y que añadió nuevamente el incremento sin justificación económica razonable como un supuesto particular del lavado de activos.

Cualquiera que sea el sistema que se adopte en relación con la subsecuencia delictiva, lo cierto es que deben respetarse principios constitucionales, como el de lesividad y el de proporcionalidad sancionatoria, tomando en cuenta criterios como la gravedad abstracta del delito y su capacidad para generar una suma considerable de recursos monetarios.⁵⁹ El *quid* de la tarea pasa, entonces, al ámbito de la ponderación parlamentaria debidamente razonada y no por consideraciones coyunturales o de mera oportunidad política.

6. La autonomía procesal y material

El delito de lavado de activos tiene una naturaleza instrumental. Como bien expone Pérez Manzano, su objetivo político-criminal es “reducir las posibilidades *ex ante* de los autores de los delitos principales de gozar

de sus productos, de sus beneficios, en caso de existir”.⁶⁰ Pero ello no es óbice para reconocer su autonomía típica en relación con el delito fuente.⁶¹

Así, algunos instrumentos internacionales hacen referencia a esta característica: la nota interpretativa 4 de la RI 3 de GAFI, establece que: “Al probar que esos bienes son activos del crimen, no debe ser necesario que una persona sea condenada por un delito determinante”.⁶² Pero más enfático es el artículo 2.6 del Reglamento Modelo CICAD-OEA: “Los delitos tipificados en este artículo, serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad

del caso de manera más benévola que su antecesora (Retroactividad de la ley penal más favorable)”. Corte Suprema de Justicia, CP-559-21, Sala de Casación Penal, Honduras, 6 de febrero de 2023.

⁵⁹ Como apunta García Caveró, la procedencia delictiva de los activos no está referida a cualquier delito, sino que la conducta que los origina debe tener cierta entidad. *Cfr. El delito de lavado de activos*, op. cit., p. 100.

⁶⁰ Afirma la citada jurista española “[e]l carácter instrumental se manifiesta en esta función de refuerzo de la función de la pena del delito previo. El blanqueo de capitales tendría como finalidad político-criminal evitar la consolidación de los beneficios económicos conseguidos con el delito previo, de modo que se obstaculice o impida la satisfacción plena del lucro conseguido”. *Cfr.* Mercedes Pérez Manzano, “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, en Miguel Bajo Fernández y Silvana Bacigalupo Saggese (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, op. cit., p. 184.

⁶¹ Al respecto, afirma Mendoza Llamapponcca, “la sustantividad propia del lavado de activos se fundamenta sobre la base de la tutela de un objeto jurídico particular, no así del que pueda ser afectado por el delito precedente. Sobre esto y sus consecuencias”. Fidel Nicolás Mendoza Llamapponcca, *El delito de lavado de activos, aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 280.

⁶² GAFISUD, *Las recomendaciones del GAFI*, op. cit.

competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico u otros delitos graves”.⁶³ Sobre esto, al fijar la competencia de los países de la región, el artículo 3 del Convenio Centroamericano determina que:

La autoridad o el tribunal competente, de conformidad al derecho interno de cada Estado investigará, enjuiciará, fallará o sentenciará los delitos a los que se refiere el artículo 2 de este Convenio, independientemente de que el delito de tráfico ilícito de drogas y delitos conexos se hayan cometido en otra jurisdicción territorial, sin perjuicio de la extradición conforme a la legislación interna de cada Estado Parte.⁶⁴

Esta regla puede encontrarse expresamente en la ley de algunos países, mientras que en otros ha sido desarrollada vía jurisprudencial. Así, por ejemplo, Guatemala la reconoce en el artículo 2 Bis del DL 676-2001;⁶⁵ Costa Rica, en el párrafo final del artículo 72 del DL 7786-1998⁶⁶ y Nicaragua, en el párrafo

penúltimo del artículo 282.⁶⁷ En Panamá⁶⁸ y El Salvador,⁶⁹ esta prescripción internacional,

legitimación de capitales hayan ocurrido en otra jurisdicción territorial, sin perjuicio de la extradición, cuando procede conforme a derecho”. Ley sobre Estupefacientes..., *op. cit.*

67 “Art. 282.- [...] El delito de lavado de dinero, bienes o activos es autónomo respecto de su delito precedente y será prevenido, investigado, enjuiciado, fallado o sentenciado por las autoridades competentes como tal, con relación a las actividades ilícitas de que pudieran provenir, para lo cual no se requerirá que se sustancie un proceso penal previo en relación a la actividad ilícita precedente. Para su juzgamiento bastará demostrar su vínculo con aquella de la que proviene”. Código Penal, ley núm. 641, *op. cit.*

68 Así la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en sentencia de 2 de julio de 2014, estableció: “[...] el Tribunal de Casación debe manifestar que el delito de Blanqueo de Capitales es una conducta autónoma, consistente en realizar operaciones financieras y comerciales con la finalidad de conceder apariencia lícita a bienes adquiridos de forma ilícita. [...] En cuando a la acreditación del delito previo, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado por considerar que no es necesaria la aportación de una sentencia condenatoria por ese delito previo. La postura obedece a la compleja gama de relaciones que tienen lugar en la gestión delictiva del Blanqueo de Capitales y a que el bien jurídico que se aspira a proteger es el de la Economía Nacional”.

69 Sostiene la Sala de Casación Penal salvadoreña en su sentencia de 16 de diciembre de 2015 (ref. 8-CAS-2015): “[...] el lavado de dinero es un hecho punible autónomo y eminentemente doloso, situación por la que el conocimiento del origen delictivo de los bienes o que los mismos procedan de un delito,

63 OEA, Reglamento modelo..., *op. cit.*

64 Convenio Centroamericano..., *op. cit.*

65 “Art. 2 Bis.- Autonomía del delito. El delito de lavado de dinero u otros activos es autónomo y para su enjuiciamiento no se requiere procesamiento, sentencia ni condena relativos al delito del cual provienen o se originan los bienes, dinero u otros activos”. Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, decreto núm. 67-2001, Guatemala. <https://www.sib.gob.gt/web/sib/sistema-prevencion-LD-FT/normativa>

66 “Art. 72.- Los delitos tipificados en esta Ley podrán ser investigados, enjuiciados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente, independientemente de que el delito de tráfico ilícito, los delitos conexos o los de

se ha reconocido en la jurisprudencia de sus cortes supremas, aunque el proyecto de ley salvadoreño lo reconoce en su artículo 37.⁷⁰ Singular es el caso de Honduras, cuya ley especial regulaba la autonomía en su artículo 35 (DL 144-2014). Sin embargo, dicha regla no fue incorporada con la transposición del delito al Código Penal y fue derogada con la puesta en vigencia del DL 130-2017. Pese a esto, es posible deducir interpretativamente esta característica del artículo 446 CP.⁷¹

El reconocimiento de la autonomía del delito de lavado de activos respondió a la falta de eficacia en su persecución y juzgamiento, conforme un errado entendimiento de su

vinculación absoluta con el delito antecedente y que, en muchos casos, exigió para una condena por blanqueo, la existencia de una sentencia condenatoria previa o un proceso penal abierto por la conducta generadora de los activos sucios. Está de más decir que “poner tan alta la vara” generó un intolerable espacio de impunidad que, a la larga, terminó favoreciendo a los delincuentes y facilitó la consolidación de su patrimonio criminal.⁷²

Por ello, es preciso distinguir en esta materia entre una *autonomía procesal* y una *autonomía sustantiva*. Mediante la primera, “la justicia penal puede investigar o procesar a una persona por el delito de lavado de activos, aun cuando no exista todavía certeza respecto de las actividades criminales que produjeron el dinero” o bienes maculados.⁷³ En este caso, para aperturar un proceso por lavado de activos, no se requiere cumplir con algún requisito de prejudicialidad, sino que

es un elemento normativo, que conlleva la circunstancia que le permitan inferir al autor del hecho el origen delictivo de los bienes; es decir, que no se requiere un conocimiento pormenorizado del delito cometido sino que esté consciente de los actos que realiza, por lo tanto, al comprobarse tal circunstancia bastaría para acreditarse el origen ilícito del dinero objeto del lavado”. Sentencia definitiva 8-CAS-205, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal, El Salvador, 16 de diciembre de 2015.

70 “Art. 37.- Autonomía del lavado de activos. El delito de lavado de activos es autónomo y para su enjuiciamiento no se requiere proceso penal abierto, ni sentencia definitiva sobre las actividades delictivas generadoras de los activos”.

71 “Art. 446.- Penalidad. Las penas previstas en este título se deben imponer sin perjuicio de las que correspondan por los delitos que originan los activos objeto de lavado”. Código Penal, decreto 130-2017, *La Gaceta*, núm. 34,940, Honduras, 10 de mayo de 2019. https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Decreto_130-2017.pdf

72 Como expone James Reátegui Sánchez, “si se tuviere que esperar una sentencia condenatoria firme, la operatividad de las investigaciones por este delito se vería casi paralizada, toda vez que siendo conocida la morosidad del sistema judicial, se tendría que esperar una buena cantidad de años para poder obtenerse una sentencia condenatoria y de ahí recién dar inicio a una investigación financiera por el delito de lavado de activos, con el consiguiente riesgo de desaparición de las pruebas del delito y la impunidad temporal de los delincuentes”. *Cfr. Lavado de activos y criminal compliance*, op. cit., p. 206.

73 Al respecto, *Cfr.* Raúl Pariona Arana, “El delito de lavado de activos en la sentencia plenaria casatoria N° 1-2017/CIJ-433”, en Tomás Galvéz Villegas y José Luis Castillo Alva (coords.), *El delito de lavado de activos, debate sobre su autonomía y prueba*, Lima: Ideas, 2018, p. 322.

basta una sospecha fundada de su comisión (v. gr. la existencia de un incremento patrimonial sin una justificación razonable y que sugiera su relación con posibles actividades delictivas). Sin embargo, para una condena penal, se requerirá de algo más. Es aquí donde hablamos de una autonomía sustantiva: no *absoluta*, sino *relativa*.

La mayoría de las legislaciones centro-americanas se refieren a “bienes de origen ilícito o de procedencia ilícita”, por lo que el elemento normativo del tipo por comprobar es que esos bienes provengan de concretas actividades delictivas. Este es un elemento propio de la tipicidad objetiva del lavado de activos y no constituye una condición objetiva de punibilidad, como cierto sector de la doctrina postula.⁷⁴ En consecuencia, no existe una autonomía absoluta del blanqueo en su apreciación judicial, en la medida en que existe un elemento de la descripción legal que nos conecta con una actividad delictiva antecedente. Sin embargo, ello no implica comprobar probatoriamente la comisión de un delito anterior, sino que, para satisfacer esta exigencia de la ley, bastará acreditar un comportamiento típico y antijurídico del cual provienen los bienes o el dinero (una suerte de accesoriadad limitada).⁷⁵ Y esto puede

acreditarse de forma suficiente con la prueba indiciaria en defecto de prueba directa.

Como lo sostiene el Tribunal Supremo español:

[...] el tipo penal de blanqueo no exige la previa condena del delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan, sino que queda integrado con la mera existencia de bienes o ganancias procedentes de un anterior delito. La jurisprudencia ha establecido que no es preciso acreditar una condena anterior por el delito del que proceden los bienes o dinero lavado, siendo bastante con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero, en función de los demás datos disponibles. Dicho de otra forma, que, dados los indicios, la conclusión razonable sea su origen delictivo.⁷⁶

Dentro de los indicios que suelen utilizarse para comprobar este ingrediente normativo se encuentran los siguientes: “(a) incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas; (b)

⁷⁴ Las condiciones objetivas de punibilidad no son parte del injusto culpable. Suelen aplicarse de forma posterior a la consumación del hecho y en los casos en que la necesidad de la pena decae mas no su merecimiento de pena. Al respecto, *vid.* Octavio García Pérez, *La punibilidad en el Derecho penal*, Valencia: Aranzadi, 1997, pp. 34 y ss.

⁷⁵ Como expone acertadamente Blanco Cordero (y aunque resulta sumamente discutible el uso de un principio propio de las relaciones

entre autoría y participación) existe una dependencia entre el hecho delictivo previo y el blanqueo, en virtud de la cual la sanción del blanqueo depende de la realización típica y antijurídica de un delito previo. Al respecto se considera suficiente una suerte de “accesoriadad limitada”, esto es, que el delito previo sea un hecho típico y antijurídico. No es necesario, por tanto, que el autor o el cómplice en el delito previo sean culpables o hayan sido efectivamente penados. *Vid.* *El delito de blanqueo de capitales*, *op. cit.*, p. 380.

⁷⁶ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo 3097/2020, Sala de lo Penal, España, 28 de septiembre de 2020. Resolución 480/2020.

inexistencia de actividades económicas o comerciales legales que justifiquen esos ingresos; y (c) vinculación con actividades delictivas”. Sin perjuicio de los anteriores, en otras decisiones del alto tribunal ibérico, también suelen enunciarse como indicios relevantes: (d) “la importancia de la cantidad del dinero blanqueado”; (e) “la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico”; (f) “la debilidad de las explicaciones acerca del origen de esos capitales”; (g) “la existencia de sociedades ‘pantalla’ o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas”, entre otros.⁷⁷

Para finalizar, conviene coincidir con lo expuesto por García Caveró sobre que el uso de la prueba por indicios no implica un relajamiento del estándar probatorio o permite la validez de simples conjeturas para dar por probado el origen delictivo de los bienes. La prueba por indicios debe alcanzar la misma fuerza de convicción que la prueba directa, por lo que su admisión no puede llevar al uso de estándares probatorios de menor exigencia.⁷⁸

7. Las conductas típicas

De acuerdo con Ana Carolina Carlos de Oliveira, existen dos elementos claves para definir el lavado de activos: la disimulación y el proceso para ello, entendido este último como una secuencia de actos que van, paso a paso,

perfeccionando la disimulación. Como muy bien señala la referida jurista: un solo hecho puntual no suele ser suficiente para aportar apariencia de legalidad a grandes sumas de capital ilícito. Para ello, es necesario realizar diversas operaciones hasta poder integrarlo en el marco legal sin sospecha alguna acerca de su origen.⁷⁹

Conlleva, por lo tanto, un ciclo de actos encaminados a la consecución de finalidades como la introducción de bienes de origen ilícito al mercado legal y alejarlos de la acción de la justicia. Desde la Convención de Viena se regulan siete conductas básicas en tres apartados: (a) “la conversión y transferencia de bienes” con el objeto de “ocultar” o encubrir “su origen ilícito” o de ayudar a los delincuentes a “eludir las consecuencias jurídicas” de sus acciones; (b) “la ocultación o disimulación de la naturaleza, origen, ubicación”, el destino, el movimiento o la propiedad de tales bienes o de los derechos que los amparan; y (c) el castigo de la “adquisición, posesión o utilización” de los referidos bienes, si y solo si los principios fundamentales del país suscriptor lo permiten.⁸⁰ Adicionalmente, y con mayor claridad desde la Convención de Palermo, se exige el castigo de conductas periféricas a las anteriores, como la instigación, la conspiración, la complicidad y la asocia-

⁷⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 5698/2012, Sala de lo Penal, España, 26 de junio de 2012. Referencia: 578/2012.

⁷⁸ Cfr. Percy García Caveró, *El delito de lavado de activos*, op. cit., p. 113.

⁷⁹ Cfr. Ana Carolina Carlos de Oliveira, *Los deberes de colaboración en el blanqueo de capitales*, Barcelona: Atelier, 2023, pp. 36-38.

⁸⁰ ONU, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, op. cit., artículo 6.1. Para un estudio detallado de estas conductas en la Convención de Viena, vid. José Luis Díez Ripollés, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”, op. cit., pp. 883-886.

ción que tenga por fin cometer actos de lavado, así como la tentativa. Merece mención especial el asesoramiento.

Si nos centramos en los tres grupos de conductas básicas, nos encontramos en el primer apartado con conductas de intención (convertir y transferir); en el segundo, con conductas de resultado (ocultamiento o simulación) y en el tercer grupo, de conductas relacionadas con la receptación y provecho de los bienes (adquisición, posesión y uso).⁸¹ A ellas, el Reglamento Modelo CICAD-OEA añade, la administración y el transporte (art. 2 párrafos 1 y 2).

Si bien las conductas básicas han sido incorporadas en la mayoría de los países del istmo, se observa, además, la inclusión de otros comportamientos mediante una casuística exagerada, cuyo objetivo es no dejar “huecos abiertos” que brinden impunidad a los delinquentes. La consecuencia de tal proceder es la generación de solapamientos interpretativos y diversos problemas de concursos aparentes de normas que pueden lesionar la prohibición del *ne bis in idem* en su dimensión sustantiva, al tratarse de un tipo penal mixto alternativo.⁸²

En particular, los ordenamientos que menos conductas típicas incorporan son Guatemala (11) y Panamá (13), mientras que los países que presentan un número desmesurado son Nicaragua (25) y Honduras (17). Se encuentran en la mitad El Salvador y Costa Rica (con 15).⁸³ Condensando las legislaciones en estudio, podemos identificar, al menos, doce comportamientos que suelen repetirse en mayor o menor grado en los países de la región: conversión, transferencia, ocultamiento, encubrimiento, adquisición, posesión, utilización, inversión, administración, custodia, transporte y traslado (trasiego).

Por si lo anterior no fuera ya de por sí discutible, es preciso señalar que en algunos tipos penales suelen agregarse cláusulas de cierre como: “[...] o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero”;⁸⁴ “incumpla gravemente los deberes de su

⁸¹ Sobre esta distinción, *vid.* Kai Ambos, *Internacionalización del Derecho penal: el ejemplo del “lavado de dinero”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 15. Se añade que el jurista alemán identifica a la tercera categoría como “tipo penal de adquisición o de posesión” mientras que aquí se relacionan como actos de receptación o provecho.

⁸² Cfr. Gabriel García Planas, “Consecuencias del principio ‘non bis in idem’ en el Derecho Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XL.II, fasc. 1, 1989, p. 109.

⁸³ Al parecer, el proyecto salvadoreño también realiza una enunciación casuística de las conductas, como la mayor parte de legislaciones centroamericanas, lo cual es un tanto distinto al sistema de tipificación autónoma que posee la Ley Especial vigente: “Art. 36.- El que adquiriere, poseyere, utilizare, convirtiere, integrare, transportare, transfiere, depositare, retirare, administrare, fondos o activos virtuales o digitales, bienes o derechos que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, cometidas por él o por un tercero, para ocultar o encubrir su origen o naturaleza ilícita, o para ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la comisión de dichas conductas delictivas, dentro o fuera del país, será sancionado con prisión de nueve a quince años”.

⁸⁴ Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Guatemala, *op. cit.*, art. 2.a.

cargo para facilitar las conductas descritas en los literales anteriores” o “realice cualquier otro acto con la finalidad de ocultar o encubrir” (art. 282 letras a) y f) del Código Penal de Nicaragua).⁸⁵ Se trata de verdaderos “cajones de sastre” discutibles desde la óptica del mandato de certeza y taxatividad que deben poseer los preceptos penales.

En un análisis más detallado, en algunos ordenamientos centroamericanos, se castiga el testaferrato de forma autónoma (Honduras, El Salvador y Nicaragua),⁸⁶ como también, la financiación de campañas políticas con dinero de origen ilegal (Nicaragua y Panamá).⁸⁷ De igual manera, en algunas regulaciones se protege penalmente la información obtenida de los sujetos obligados, como los reportes de operaciones sospechosas u otra que fuere relevante, tal es el caso

de la legislación de El Salvador, Honduras y Panamá.⁸⁸

Mención aparte merece el supuesto regulado en el artículo 439 del Código Penal hondureño, que castiga autónomamente como lavado de activos la posesión o incremento de bienes que no tengan justificación económica o lícita de su procedencia. Al parecer, nos encontramos ante un precepto muy similar al artículo 327 del Código Penal colombiano, que castiga el enriquecimiento ilícito de particulares,⁸⁹ quienes son los destinatarios de la norma, pues el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos ya está expresamente regulado en el artículo 484 del ordenamiento primeramente citado.

Estos preceptos resultan sumamente controversiales desde un análisis constitucional, porque su aplicación puede requerir

⁸⁵ Código Penal, Nicaragua, *op. cit.*, art. 282.a y 282.f).

⁸⁶ *Vid. Ibidem*, art. 282; Código Penal Honduras, art. 442; Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, El Salvador, *op. cit.*, art. 7.

⁸⁷ Así, el artículo 256 del Código Penal de Panamá, *op. cit.*, aunque también con una dudosa indeterminación: “Quien a sabiendas de su procedencia, reciba o utilice dinero o cualquier recurso financiero proveniente del blanqueo de capitales, para el financiamiento de campaña política o de cualquier naturaleza, será sancionado con prisión de cinco a diez años”. En el caso nicaragüense, este tipo penal específico se regula en el artículo 283 párrafo segundo: “La misma pena se impondrá al que a sabiendas o debiendo saber, reciba o utilice dinero, bienes o activos o cualquier recurso financiero procedente de cualquier acto ilícito previsto en el artículo anterior para el financiamiento de actividades políticas” (Código Penal, *op. cit.*).

⁸⁸ En el caso de Honduras, en el Código Penal, *op. cit.*, art. 443, se regula el castigo de la “infidencia”; en El Salvador, en el art. 26-B de su Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, *op. cit.* (también en el art. 40 del Proyecto); así como en el Código Penal de Panamá, *op. cit.*, en su art. 258.

⁸⁹ Sostiene el art. 327 del Código Penal colombiano: “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de noventa y seis meses a ciento ochenta meses y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Código Penal, ley 599/2000, *Diario Oficial*, núm. 44097, Colombia, 24 de julio de 2000. https://leyes.co/codigo_penal/327.htm?utm

la inversión de la carga de la prueba por parte del penalmente procesado, lo cual es contrario a principios tan importantes como la presunción de inocencia o el derecho de defensa (*nemo tenetur*). Al menos, en el caso de los funcionarios públicos, la figura suele tener una justificación razonable, en la medida en que la asunción de un cargo público comporta un deber especial de pulcritud y claridad de la situación patrimonial como parte de una obligada rendición de cuentas;⁹⁰ pero esto no explicaría tal exigencia en el caso de los particulares.⁹¹ Aunado a ello, existe una causal específica dentro de la extinción de dominio para estos casos que puede ser aplicada fuera del proceso penal.

Pese a las objeciones que pueden presentarse, es posible realizar una interpretación conforme a la Constitución del referido

supuesto:⁹² un incremento patrimonial no justificado es suficiente para aperturar una investigación penal. Sin embargo, para justificar una condena, este debe relacionarse con alguna conducta como, por ejemplo, la posesión o tenencia de los bienes para el caso de Honduras, y debe comprobarse —siquiera a nivel indiciario— que tal riqueza deriva de cualquiera de las actividades delictivas estipuladas en el artículo 439 del Código Penal hondureño. Realizar esta labor intelectual resulta más que necesario, pues conviene distinguir entre el patrimonio de origen no conocido (como suele acontecer en los países con una alta tasa de economía informal) y el patrimonio en el que podemos inferir, con un alto grado de probabilidad, que proviene de actividades delictivas.⁹³

⁹⁰ Edgardo Alberto Donna, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000, pp. 386-388.

⁹¹ Sin embargo, Sabogal Quintero sostiene que “[...] demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica; es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la Constitución y a la ley. En el caso de los particulares, cabe recordar que éstos deben demostrar al Estado anualmente sus ingresos y la procedencia de los mismos mediante la declaración de renta, no sólo para que el Estado, de conformidad con leyes preestablecidas, grave en alguna medida su patrimonio, sino además para ejercer control sobre su licitud”. Vid. Moisés Sabogal Quintero, *El enriquecimiento ilícito, el lavado de activos, el testaferrato y la extinción de dominio*, Bogotá: Ibáñez, 2014, p. 37.

⁹² Siguiendo a Khulen, una norma ha de ser interpretada conforme a la Constitución cuando existen varias posibilidades interpretativas de las cuales, por lo menos, una conduce a la conformidad de la norma, y por lo menos otra, a la inconstitucionalidad de la misma. Vid. Lothar Khulen, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Nuria Pastor (trad.), Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 24.

⁹³ A nuestro parecer, los casos de patrimonio cuyo origen no es conocido pero que puede inferirse que proviene del mercado informal, puede quedar comprendidos en el ámbito del delito fiscal. Pero una cosa es el patrimonio tributariamente no declarado y otra es el patrimonio con origen delictivo que es el relevante en la materia que nos ocupa. Y esta distinción es independiente de la regulación del delito fiscal como delito antecedente en el ámbito del blanqueo.

8. El autoblanqueo

El Convenio Europeo sobre Blanqueo, Detención, Embargo y Confiscación de los Productos del Delito (1990) —en adelante “Convenio de Estrasburgo”— estableció en su artículo 6, núm. 2, letra *b*) que los Estados signatarios pueden disponer que el delito de lavado de activos no se aplique a quienes cometieron el delito antecedente. Esta regla es retomada en el artículo 6 letra *e*) de la Convención de Palermo. De su interpretación, *a contrario sensu*, se deduce la posibilidad de castigar a quien comete el delito fuente también por el reciclaje de capitales ilícitos.

En los ordenamientos penales centroamericanos, esta posibilidad es reconocida expresamente en el Código Penal hondureño (“cometida por él o por un tercero”⁹⁴); la ley especial costarricense (“cometida por él o cualquier tercera persona”⁹⁵) y en el proyecto salvadoreño (art. 36: “cometidas por él o por un tercero”). En otros casos, puede ser deducida de la autonomía reconocida al delito de lavado de activos, tal como acontece con los artículos 2 bis del DL 67-2001 guatemalteco y 282 párrafo segundo del Código Penal nicaragüense. Una última opción es su reconocimiento jurisprudencial, como acontece en El Salvador.⁹⁶

Nos encontramos ante un tema de mucha controversia doctrinal y jurisprudencial, en el que se pueden identificar argumentos a favor y en contra. En sentido favorable se aduce que: (a) si la ley regula expresamente tal posibilidad, resulta factible castigar por ambos delitos, y (b) debemos reconocer que nos encontramos ante dos bienes jurídicos distintos: el que resulta lesionado por el delito antecedente y los que se protegen mediante el lavado de activos. En contra, se sostiene que: (a) los actos de aprovechamiento que realice el delincuente con las ganancias provenientes del delito fuente son parte de la fase de agotamiento material de este. En consecuencia, nos encontramos ante actos co-penados, cuyo castigo independiente vulneraría el principio *ne bis in idem*, y (b) el autoencubrimiento es impune conforme el principio de inexigibilidad de una conducta adecuada a derecho y del principio procesal de prohibición de la autoincriminación (*nemo tenetur*).⁹⁷

do el acto de recibir la avioneta como un delito de Casos Especiales de Lavado de Dinero y Activos, cuando dicha conducta ya se encontraba comprendida en la fase de agotamiento del delito previo. Sobre dicha afirmación, se argumenta lo siguiente: En primer lugar, no existe impedimento dogmático alguno que inhiba de castigar al autor del delito previo por un subsecuente delito de lavado de dinero, ya que se trata de conductas con contenido desvalorativo propio e independiente. En ese sentido, pueden castigarse concurso real, tal y como se suscitó en el caso planteado en la sentencia 5-CAS-2024 —citada anteriormente—, donde el imputado fue condenado por los delitos de Cohecho Activo Continuo y Lavado de Dinero”.

94 Código Penal, *op. cit.*, Honduras, art. 439.

95 Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo, *op. cit.*, art. 69.

96 Sostiene la Sala de Casación Penal salvadoreña en su decisión de 21 de agosto del 2024 (ref. 47-C-2024): “[...] en otro orden de ideas, los casacionistas aluden a la vulneración del *ne bis in idem*, en razón de haberse sanciona-

97 Sobre estas posiciones, *vid.* Patricia Faraldo Cabana, “Cuestiones relativas a la autoría de

La solución a este dilema parte de entender que si los actos de aprovechamiento pueden encontrarse indisolublemente unidos al agotamiento del delito antecedente, no darán lugar a la apreciación de un delito adicional de blanqueo. De forma distinta, cuando los actos posteriores no puedan quedar comprendidos en los mismos, por tratarse de conductas que buscan revestirlos de una apariencia de legalidad y con una clara finalidad de introducirlos a la economía legal, estaremos en presencia de un concurso de delitos (*v. gr.* realizar con ellos diferentes maniobras financieras o crear sucesivos actos jurídicos falsos para esconder su titularidad real).

En consecuencia, para castigar por un delito adicional de blanqueo, son precisos actos posteriores claramente distinguibles del delito antecedente que genera los bienes maculados. Sin embargo, como apunta Matallín Evangelio, esto “no puede ser objeto de un tratamiento general, sino que debe analizarse específicamente en función de la tipología del delito precedente y de la concreta forma de conducta ante la que nos encontremos”. A ello se debe añadir que, en algunos casos, hay una “deficiente técnica legislativa utilizada para la tipificación del delito de lavado”.⁹⁸

Particular mención merecen las conductas de posesión y utilización de bienes derivados del delito antecedente. En estos casos, si estamos en presencia de hechos que pue-

den resultar comprendidos dentro del agotamiento del delito fuente, no estaríamos ante un lavado de activos. Esta es la línea que se observa en la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal, en las que excluye el castigo por autoblauqueo, cuando nos encontremos ante la adquisición, posesión o utilización de bienes (art. 3.5).

9. La tipicidad subjetiva del lavado de activos

Los instrumentos internacionales se refieren al lavado de activos en su modalidad eminentemente dolosa. No cabe una interpretación distinta del término “a sabiendas” que es utilizado en la mayoría de los referidos documentos y que inspira —por ejemplo— a las regulaciones nicaragüense, panameña y costarricense. Quizás la única excepción radica en el Convenio Centroamericano que utiliza la expresión: “con conocimiento de que proceden, directa o indirectamente, del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o delitos conexos”.⁹⁹

Adicionalmente, en lo que se refiere a las conductas de conversión y transferencia, existe un claro elemento de tendencia interna trascendente que acompaña al dolo, esto es, la finalidad de legitimar los capitales ilícitos o entorpecer su descubrimiento por parte de las agencias de persecución penal. La

los delitos de blanqueo de capitales”, en Luz María Puente Alba (dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Granada: Comares, 2008, pp. 164-172.

⁹⁸ Cfr. Ángela Matallín Evangelio, “El autoblauqueo de capitales”, *op. cit.*, p. 375.

⁹⁹ Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, *op. cit.*, art. 2.

discusión acaece si, respecto a las conductas típicas de adquisición, posesión y utilización, puede predicarse la concurrencia del referido elemento subjetivo. La solución de este dilema entronca, en primer lugar, con cómo ha sido regulado el delito de lavado de dinero en cada legislación (interpretación gramatical), y, en segundo lugar, si resulta razonable y adecuado realizar interpretaciones sistemáticas o teleológicas al referido tenor literal, en especial, cuando se entiende como un tipo penal de aislamiento.¹⁰⁰

Ahora bien, el dolo se identifica en la mayor parte de la doctrina penal como conocer y querer los elementos objetivos que pertenecen al tipo legal. Por tanto, la calificación de una conducta como dolosa exige el conocimiento de los elementos de la descripción legal, así como el tener la voluntad de ejecutar la acción típica. En tal sentido, “conocer” y “querer” son los dos contenidos por excelencia de esta forma de tipicidad subjetiva.

De esta manera, en primer lugar, el objeto del conocimiento del dolo serán los elementos descriptivos y normativos del tipo. En el caso del lavado de activos, los elementos descriptivos se relacionan con las conductas de convertir, transferir, ocultar, poseer, utilizar, administrar, etc., y respecto al origen delictivo de las ganancias, este se constituye en un elemento normativo cuya captación de sentido por el agente delictivo no requiere una exactitud precisa del o los delitos que originan los bienes maculados, sino un saber genérico acerca de su procedencia ilegal.¹⁰¹ Se

trata de una aplicación de la ya célebre regla del “conocimiento paralelo a la esfera del lego”.¹⁰² Como lo sostiene el Tribunal Supremo español con referencia a la expresión utilizada en el artículo 301.1 del Código Penal ibérico, ella equivale a “tener conciencia” o “a estar informado”.¹⁰³

tencia de 14 de mayo de 2014, ref. 222-C-2013, afirmó: “[...] el legislador no exige que el autor conozca la existencia de un ‘delito previo’, lo que implicaría la demostración de que la conducta precedente fue típica, antijurídica y culpable, sino que, basta con que la persona sepa sobre la naturaleza delictiva del hecho previo y su significación social; tampoco se requiere que ese conocimiento sea completo y técnico, por lo que no es imprescindible que el saber abarque hasta la correcta subsunción jurídica del hecho antecedente, la fecha de su comisión, ni el nombre del autor, porque tales exigencias harían imposible jurídicamente la existencia del delito; sin embargo, el conocimiento del delito subyacente deberá ser mucho más que una simple sospecha, suposición o conjetura”.

102 El Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá en su Sentencia emitida el 14 de octubre de 2002, sostuvo: “[l]a eventual negación de estos hechos primarios degenerativos a la conducta de blanqueo dentro de la cadena de actos que componen, como se indicó, el circuito económico que gira en torno a la actividad del narcotráfico, dable es decir, que incluso no es necesario un conocimiento previo, preciso, exacto, de ese hecho inicial, sino que basta la conciencia de la anormalidad de la operación y la razonable inferencia de que procede de un delito grave, de donde se infiere el elemento doloso de la conducta”.

103 Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo español con referencia 974/2012, de 5 de diciem-

100 Sobre los tipos penales de aislamiento *vid.* Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, *op. cit.*, pp. 560-572.

101 La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en la Sen-

Por otra parte, en materia de lavado de activos, resulta aplicable el dolo eventual en el caso de conocer con alta “probabilidad” que los bienes —objeto de una transacción comercial o financiera— son producto de alguna actividad delictiva. Siguiendo, con una concepción sumamente tradicional en materia de dolo eventual, este existe cuando hay conciencia de la peligrosidad de la conducta y el agente delictivo se representa seriamente ese peligro, pero eso no le impide actuar. En esta línea se muestra la redacción de las letras *a)* y *b)* del artículo 69 de la ley especial tica, que estipulan el castigo por lavado a quien “sabe” o “prevé y acepta como posible” el origen ilícito de los bienes.¹⁰⁴ Es aquí donde debe estudiarse la problemática relativa a

la “ceguera deliberada” (*willful blindness*) a la cual hace referencia el Reglamento CICAD-OEA —art. 2—. ¹⁰⁵

Ragués i Vallès sostiene que la ignorancia deliberada acaece cuando aquel “que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia respecto de ellas”.¹⁰⁶ Al efecto, considera que la aplicación de esta figura requiere la comprobación de cuatro requisitos: (a) ausencia de representación suficiente; (b) capacidad de obtener la información ignorada; (c) deber de obtener dicha información; y (d) decisión de no conocer.¹⁰⁷

Posiblemente, las regulaciones como el DL 67-2001 guatemalteco (“que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté

bre, se afirmó que “sobre el conocimiento de que el dinero procediera del narcotráfico [un delito previo], el referente legal lo constituye la expresión ‘sabiendo’, que en el lenguaje normal equivale a tener conciencia o estar informado. No implica, pues, saber (en sentido fuerte) como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno, o de la implicación directa, en calidad de protagonista, en alguna realización; sino conocimiento práctico, del que se tiene por razón de la experiencia y que permite representarse algo como lo más probable en la situación dada. Es el que, normalmente, en las relaciones de la vida diaria permite a un sujeto discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a qué atenerse respecto de alguien”. Sentencia del Tribunal Supremo 8701/2012, Sala de lo Penal, España, 5 de diciembre de 2020. Resolución 974/2012.

¹⁰⁴ Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo, *op. cit.*, Costa Rica.

¹⁰⁵ Una definición de esta puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021, con referencia 1489/2021, en la que se afirmó: “En los supuestos de dolo eventual se incluyen los casos en que el sujeto no tiene conocimiento concreto y preciso de la procedencia ilícita, pero sí es consciente de la alta probabilidad de su origen delictivo, y actúa pese a ello por serle indiferente dicha procedencia [...]. Es decir, quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su actuar antijurídico”. Sentencia del Tribunal Supremo 1489/2021, Sala de lo Penal, España, 3 de marzo de 2021. Resolución 725/2020.

¹⁰⁶ Cfr. Ramón Ragués i Vallès, *Ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Barcelona: Atelier, 2007, p. 158.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 156-158.

obligado a saber”¹⁰⁸), el Código Penal nicaragüense (“debiendo saber”¹⁰⁹) y el Código Penal panameño —conforme la reforma efectuada en el año 2015— (“previendo razonablemente que proceden de actividades relacionadas”¹¹⁰), estén inspiradas en esta figura anglosajona, cuyo fin es flexibilizar el castigo por lavado de activos a situaciones de mera representación del origen ilícito de los bienes. Esta tendencia se aprecia en algunos ordenamientos jurídicos de la región.¹¹¹

Conviene referirse a la acreditación probatoria del dolo en los procesos penales por reciclaje de bienes de origen ilícito. El Convenio de Estrasburgo fue el primero en establecer —en su art. 2 letra c)— una regla expresa sobre este tópico: “[e]l conocimiento, la intención o el propósito exigidos como elementos del delito previsto en dicho párrafo podrán deducirse de circunstancias fácticas objetivas”.¹¹² Esta regla se repite sin mayores modificaciones en el artículo 6.2.

letra f) de la Convención de Palermo (2000), así como en la nota explicativa número 7 de la Recomendación 3 del GAFI y en el artículo 2.5. del Reglamento CICAD-OEA.

La regla en referencia resulta expresamente reconocida por algunos ordenamientos centroamericanos. Así, el decreto legislativo 56-2010, agregó el art. 2 bis a la ley especial guatemalteca, cuyo párrafo segundo prescribe: “[l]a prueba del conocimiento de la procedencia u origen ilícito de los bienes, dinero u otros activos, requerido en los delitos de lavado de dinero, se podrá hacer por cualquier medio probatorio, de conformidad con el Código Procesal Penal, incluyendo las inferencias que se desprendan de las circunstancias objetivas del caso”.¹¹³

¹⁰⁸ Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, *op. cit.*, Guatemala, art. 2.

¹⁰⁹ Código Penal, *op. cit.*, Nicaragua, art. 282.

¹¹⁰ Código Penal de la República de Panamá, *op. cit.*, art. 254.

¹¹¹ El Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá en sentencia de 14 de octubre de 2002, sostiene que la ley “excluye la posibilidad de que una persona pretenda aducir su condición de propietario inocente, desconocedor del origen ilícito del bien, condición subjetiva que descansa en la especial relación que pueda tener el propietario/testaferro con el auténtico beneficiario del bien”.

¹¹² Convenio Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito [Instrumento de Ratificación], *Boletín Oficial del Estado*, núm. 252, España, 21 de octubre de 1998, art. 6.2.c.

¹¹³ Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, *op. cit.*, art. 2 Bis. Sobre ella, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala en su decisión del 2 de noviembre de 2012 afirmó: “[...] [e]l origen ilícito del dinero u otros activos solo puede probarse con prueba lógica o indiciaria. Ésta consiste en que, a partir de hechos conocidos y de las circunstancias en que éstos se realizan, puede llegarse al delito. El sentenciante acreditó que el procesado poseía billetes y drogas, ocultos en los vehículos que se encontraban en el garaje de su residencia, en tal virtud, se constata el conocimiento directo del imputado, respecto al origen ilícito del dinero, tanto por la importante cantidad de dinero como por el incontrastable ocultamiento. El ilícito de lavado de dinero u otros activos no requiere el conocimiento de todos los detalles y pormenores del delito del cual proceden los bienes, sino como mínimo, la sospecha de su procedencia ilícita. En el caso de mérito, el hecho de ocultar el dinero en cuestión, constituye un elemento fundamental para tipifi-

Respecto a la modalidad imprudente, se advierten escasas referencias de su punición en los más importantes instrumentos internacionales. No obstante, conviene reconocer que las regulaciones internacionales prescriben exigencias mínimas, pues cada país cuenta con la posibilidad de crear mayores ámbitos de punición si su realidad social y criminológica lo exigen. Ahora bien, si se admite la posibilidad de castigo del lavado imprudente, cabe preguntar si la infracción a ese deber de cuidado tiene que ser exigida a todos los ciudadanos o únicamente a un selecto grupo de destinatarios de las normas de prevención —que se conocen como los *sujetos obligados*— a los cuales se les impone el cumplimiento de determinados imperativos de control, so pena de imponerles sanciones administrativas y hasta penales. En este último caso, el círculo de posibles sujetos activos de la modalidad imprudente se acota mucho más, sin perjuicio de la conveniencia de establecer de forma más adecuada sanciones administrativas en lugar de penales.

En Centroamérica, solo en dos países existe una regulación específica del lavado de activos culposo o imprudente. El primer caso es el de la ley especial salvadoreña, que en su artículo 8 —denominando erróneamente como encubrimiento culposo— estipula como destinatarios tanto a los sujetos obligados como a las personas naturales que componen las instituciones regulatorias. El castigo acaece cuando el comportamiento que favoreció el lavado de activos fue realizado por negligencia, impericia o ignorancia inexcusable.

car el delito relacionado, y el conocimiento de la ilicitud del mismo, se infiere de las circunstancias objetivas del caso”.

El segundo caso es el artículo 440 del Código Penal hondureño, el cual no hace distinción entre quienes pueden ser los sujetos activos del blanqueo imprudente. En consecuencia, puede ser cometido tanto por sujetos obligados por la normativa administrativa de prevención como por los particulares que realicen actividades financieras, económicas o profesionales.

La modalidad imprudente se enfoca en el castigo por desconocer de forma específica la procedencia delictiva de los bienes. Este actuar descuidado debe ser “grave”, según la legislación hondureña. Así, su distinción con la imprudencia leve radicarán en la gravedad de la infracción de la norma de cuidado; mientras que la primera acaece cuando se omiten las precauciones más elementales dentro del contexto de actuación.¹¹⁴ Sin duda, en el caso de los particulares —y de forma distinta a los sujetos obligados cuyo régimen normativo está claramente detallado—, el establecimiento del estándar del cuidado debido es más problemático y habrá que atender a lo que haría una persona sensata y prudente en la misma situación. En específico, a cuál sería su actitud ante operaciones económicas extrañas o inusuales.¹¹⁵ Empero, es necesario

¹¹⁴ Estipula el Código Penal hondureño: “Castigo de la imprudencia. Constituye imprudencia grave la producción del resultado típico, objetivamente previsible por la vulneración de las reglas del cuidado debido más elementales aplicables a la situación concreta”. Código Penal, *op. cit.*, art. 18.

¹¹⁵ En un sentido más preciso, la Sentencia del Tribunal Supremo del 21 de enero de 2021, ref. 218/2021, considera que existen dos deberes interdependientes que deben ser analizados en la figura en estudio: (a) el deber de evi-

reiterar que a quienes se les exige cumplir con las prescripciones del sistema de prevención antilavado, suele ser a los destinatarios preferentes de este tipo de normas penales.

10. Conclusiones

En sus orígenes, el delito de lavado de activos fue parte de una decidida política internacional antidrogas, como una herramienta destinada a dismantlar el poder económico de los grandes cárteles del narcotráfico. Esto aconteció en la mitad de la década de los 80 del siglo pasado. En su posterior evolución en los documentos supranacionales, se reconoció su utilidad para el combate de la criminalidad organizada, la corrupción pública y toda aquella actividad delictiva que pudiera generar cuantiosas ganancias económicas. En años recientes, se considera como un mecanismo que impide el aprovechamiento de los réditos de cualquier actividad delictiva considerada como “grave”. Adicionalmente, mediante su aplicación se pretende favorecer la incautación y comiso (extinción de dominio) del producto directo e indirecto del delito.

Su lesividad para el sistema social está fuera de discusión, pues, como apunta Za-

ragoza Aguado, no existe ni un solo sector de la economía que no se vea afectado por la presencia del dinero sucio: cotiza en bolsa, financia asociaciones políticas y grupos de presión, invierte en empresas y servicios públicos, y “hasta se entrega a fondo perdido para fines altruistas, benéficos o humanitarios”.¹¹⁶ Estos efectos suelen ser exponencialmente mayores en países con altos niveles de déficit democrático y en el que la debilidad de los sistemas de control institucional permite fácilmente su cooptación por parte del crimen organizado mediante los sobornos o *coimas*.

En el caso de Centroamérica, la mayor parte de países de la región se ha visto afectada por fenómenos criminales complejos, como los “maras” o “pandillas”,¹¹⁷ organizaciones dedicadas al trasiego de armas, tráfico de migrantes,¹¹⁸ trata de personas¹¹⁹ y el

tación del resultado de favorecer una precedente actividad delictiva de lavado, en otras palabras, la comisión de cualquiera de las conductas delictivas; y (b) el deber de activar los mecanismos instrumentales de comprobación, indagación y representación sobre el origen del bien o el dinero recibido. El incumplimiento de este segundo es consecuencia de una conducta gravemente desatendida del sujeto, que explica el incumplimiento del primero.

¹¹⁶ Vid. Javier Alberto Zaragoza Aguado, “Instrumentos para combatir el lavado de activos y el enriquecimiento proveniente del narcotráfico”, en VV. AA., *Narcotráfico, política y corrupción*, Bogotá: Temis, 1997, p. 179.

¹¹⁷ Sobre este tema, es importante la lectura del estudio ERIC, IDESO, IDIES, IUDOP, *Maras y Pandillas en Centroamérica*, 4 vols., San Salvador: UCA Editores, 2004-2006.

¹¹⁸ Señala la UNODC: “[...] la ruta de tráfico hacia el norte en las Américas se compone principalmente de migrantes de Centroamérica y México, aunque en los últimos años se identifica una prevalencia de personas migrantes de Centroamérica y una tendencia a la baja de personas migrantes mexicanas”. Vid. *Manual de lineamientos especializados para primeros respondientes en materia de detección, atención y canalización de posibles casos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes*, México, 2021, p. 11.

¹¹⁹ Save the Children, *Violencia y trata de personas*

tráfico ilícito de drogas provenientes de Suramérica, cuyas rutas necesariamente pasan por el istmo.¹²⁰ Está de más decir que es poco lo que cada nación puede hacer al respecto de manera aislada, cuando se trata de fenómenos transnacionales. Los delincuentes no tienen fronteras. Los Estados, sí.

Por esto, los esfuerzos multiregionales suelen ser necesarios para brindar una respuesta eficaz e integral a una criminalidad cada vez más sistémica, tecnológica y profesional. Dentro de ello, la búsqueda de una “homogeneización de la respuesta penal” entre los diversos países, pasaría en primer lugar por intentar unificar las regulaciones nacionales a fin de evitar vacíos legales que puedan ser aprovechados por los delincuentes (los denominados “paraísos penales”). En segundo lugar, armonizar los ámbitos de cooperación en temas como el uso de técnicas especiales de investigación, la formación de equipos conjuntos, intercambio de información, extradición de los delincuentes e incautación, detección y recuperación de bienes con origen ilícito.

Sin duda, la consecución de estos fines inspiró la formulación del Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos de 1997. Y el trabajo realizado por organismos internacionales como GAFI con relación a las evaluaciones mutuas. Sin embargo, resta mucho por hacer.

en Centroamérica: oportunidades de intervención regional, Managua, 2012, pp. 57.

¹²⁰ Vid. UNODC, “Cocaína desde Suramérica a los Estados Unidos”, en *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica y el Caribe: Una evaluación de las amenazas*, Viena, 2012, pp. 31-44.

El debate del delito de lavado de dinero en la región, al menos, requerirá replantearse temas como: el de un sistema uniforme de responsabilidad penal para las personas jurídicas; la punición o no de la modalidad imprudente; el relajamiento del principio de doble incriminación de la ley penal; un sistema de regulación unificado acerca del delito determinante; el uso de nuevas tecnologías como modalidades delictivas que deberán incorporarse a la ley penal; la discusión del enriquecimiento patrimonial no justificado como un supuesto singular de blanqueo; la financiación de campañas electorales con fondos de origen ilícito como un supuesto especial de lavado de activos o su regulación como una figura autónoma, y sobre todo, dotar de mayor claridad y precisión al elenco de comportamientos típicos, evitando la vaguedad y el excesivo casuismo sin sentido.

En conclusión, una reforma penal armónica sobre el delito de lavado de activos en Centroamérica es, hasta ahora, una tarea inacabada.

11. Referencias

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de lavado de activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, 2017.
- ABEL SOUTO, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 2002.
- ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español*, Barcelona: J. M. Bosch, 2005.
- AGUILAR, G., *Cumplimiento anti-lavado*, Panamá: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), 2020.
- AMBOS, Kai, *Internacionalización del Derecho penal: el ejemplo del “lavado de dinero”*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico*, Madrid: Civitas, 1978.
- BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando, *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva*, Barcelona: Atelier, 2014.
- BELÉN LINARES, María, *Lavado de activos ilícitos mediante criptomonedas*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2024.
- BERMEJO, Mateo, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2015.
- BOTKE, Wilfried, “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, *Revista Penal*, núm. 2, 1998.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 4º ed., Pamplona: Aranzadi, 2015.
- CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina, *Los deberes de colaboración en el blanqueo de capitales*, Barcelona: Atelier, 2023, pp. 36-38.
- CARO JOHN, José Antonio, “Los abogados ante el lavado de activos: recepción de honorarios sucios y deber de confidencialidad”, Kai Ambos, Dino Carlos Caro Coria y Ezequiel Malarino (coords.), *Lavado de activos y Compliance*, Lima: Jurista Editores, 2015.
- Código Penal, decreto 130-2017, *La Gaceta*, núm. 34,940, Honduras, 10 de mayo de 2019. https://www.tsc.gob.hn/web/leyes/Decreto_130-2017.pdf
- Código Penal de la República de Panamá, adoptado por la Ley 14 de 2007, última reforma del 31 de enero de 2019. <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/2/2021/06/462/codigo-penal-actualizado-al-mes-de-diciembre-de-2020-1.pdf>
- Código Penal, ley núm. 641, Nicaragua, noviembre de 2007. https://www.poderjudicial.gob.ni/arc-pdf/cp_641.pdf
- Código Penal, ley 599/2000, *Diario Oficial*, núm. 44097, Colombia, 24 de julio de 2000. https://leyes.co/codigo_penal/327.htm?utm
- Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, España, 23 de noviembre de 1995. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2024-118
- Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos. https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_centroame_preven_repre_deli_lavado_acti_relacio_trafi_il%C3%ADci_droga_deli_cone_1997.pdf
- Convenio Relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los Productos del Delito [Instrumento de Ratificación], *Boletín Oficial del Estado*, núm. 252, España, 21 de octubre de 1998.
- Corte Suprema de Justicia, CP-559-21, Sala de Casación Penal, Honduras, 6 de febrero de 2023.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso 42722 de 2014, Magistrada ponente: Patricia Salazar Cuéllar, Colombia, 9 de abril de 2014. ID: 251173
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”, en *Política criminal y Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000.
- ERIC, IDESO, IDIES, IUDOP, *Maras y Pandillas en Centroamérica*, 4 vols., San Salvador: UCA Editores, 2004-2006.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo Fabián, “Internacionalización del lavado de activos e internacionalización de la respuesta”, en

- Isidoro Blanco Cordero *et al.*, *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 5° ed., Washington D.C.: OEA, 2014.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de capitales”, en Luz María Puente Alba (dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: Retos contemporáneos de la política criminal*, Granada: Comares, 2008.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos*, Lima: Instituto del Pacífico, 2014.
- GARCÍA CAVERO, P., *El delito de lavado de activos*, 2° ed., Lima: Jurista Editores, 2015.
- GARCÍA PLANAS, Gabriel, “Consecuencias del principio ‘non bis in idem’ en el Derecho Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XL.II, fasc. 1, 1989.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La punibilidad en el Derecho penal*, Valencia: Aranzadi, 1997.
- Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), *Las recomendaciones del GAFI* [en línea], febrero, 2012. <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf.coredownload.inline.pdf>
- GUERRA DE VILLALAZ, Aura, “El delito de blanqueo de capitales o lavado de activos y la delincuencia organizada”, en Eugenio Raúl Zaffaroni, Digna M. Atencio Bonilla, Gustavo A. Arocena, Sergio J. Cuarezma Terán y Manuel Vidaurri Aréchiga (dirs.), *El Derecho penal latinoamericano: fundamentos, crítica y proyecciones*, Panamá: INEJ y ILANUD, 2022.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando, *El lavado de activos*, 4° ed., Bogotá: Ibáñez, 2017.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5° ed., Olmedo Cardenete (trad.), Granada: Comares, 2002.
- KHULEN, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Nuria Pastor (trad.), Madrid: Marcial Pons, 2012.
- LAMAS SUÁREZ, Gerardo, *Lavado de activos y criptoactivos*, Lima: Instituto del Pacífico, 2024.
- Ley Bitcoin, decreto núm. 57, *Diario Oficial*, núm. 431, El Salvador, 9 de junio de 2021. <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/FC7303D5-78F1-4D23-9467-5226F6E-FD510.pdf>
- Ley contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, núm. 977, *La Gaceta. Diario Oficial*, núm. 165, año 123, Nicaragua, 29 de agosto de 2019, art. 1. <https://www.poderjudicial.gob.ni/dgcip/pdf/Ley-977-Ley-contra-lavado-activos.pdf>
- Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, decreto núm. 67-2001, *Diario de Centroamérica*, Guatemala, 17 de diciembre de 2001. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/decretos/199
- Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, decreto núm. 67-2001, Guatemala. <https://www.sib.gob.gt/web/sib/sistema-prevencion-LD-FT/normativa>
- Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, decreto núm. 498, *Diario Oficial*, núm. 240, tomo 341, El Salvador, 15 de mayo de 1998. <https://el-salvador.justia.com/nacionales/leyes/ley-contra-el-lavado-de-dinero-y-de-activos/gdoc/>
- Ley de Emisión de Activos Digitales, decreto núm. 643, *Diario Oficial*, núm. 16, tomo 438, El Salvador, 24 de enero de 2023.
- Ley de Extinción de Dominio, con el objeto de recuperar a favor del Estado, sin condena penal previa ni contraprestación alguna, los bienes, las ganancias, productos y fru-

- tos generados por las actividades ilícitas o delictivas, decreto núm. 55-2010, *Diario de Centroamérica*, tomo CCXC, núm. 97, Guatemala, 29 de diciembre de 2010.
- Ley de Reformas y Adiciones a la Ley núm. 977, Ley Contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva y Adición a la Ley núm. 561, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, núm. 1072, *La Gaceta. Diario Oficial*, núm. 89, Nicaragua, 17 de mayo de 2021.
- Ley Especial contra el Lavado de Activos, decreto núm. 144-2014, *La Gaceta*, núm. 33,718, Honduras, 30 de abril de 2015.
- Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo, *La Gaceta*, núm. 93, Costa Rica, 15 de mayo de 1998. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=29254
- MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, “El autoblanqueo de capitales”, en Carlos Andrés Guzmán Díaz, Carlos Viveiros y Juan Elías Carrión Díaz (coords), *El delito de lavado de activos. Aspectos de política criminal, dogmáticos y probatorios*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2019.
- MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El delito de lavado de activos, aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la «participación» en el delito previo”, en Miguel Bajo Fernández y Silvi-
na Bacigalupo Saggese, *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2019.
- OEA: Organización de los Estados Americanos, Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves, art. 3. https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_blv_reglamento.pdf
- ONU: Organización de las Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (A/RES/55/25), 8 de enero de 2001.
- ONU, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988
- PARIONA ARANA, Raúl, “El delito de lavado de activos en la sentencia plenaria casatoria N° 1-2017/CIJ-433”, en Tomás Galvéz Villegas y José Luis Castillo Alva (coords.), *El delito de lavado de activos, debate sobre su autonomía y prueba*, Lima: Ideas, 2018.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, en Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2019.
- PRADO SILDARRIAGA, Víctor Roberto, *Lavado de activos y organizaciones criminales en el Perú*, Lima: Idemsa, 2019.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2007.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Lavado de activos y compliance criminal*, Lima: Gaceta Jurídica, 2021.
- RUIZ LÓPEZ, Carmen E., Renato VARGAS LOZANO, Laura CASTILLO GARAY y Daniel E. CARDONA SOTO, *El lavado de activos en Colombia*, 2° ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

- SABOGAL QUINTERO, Moisés, *El enriquecimiento ilícito, el lavado de activos, el testaferrato y la extinción de dominio*, Bogotá: Ibáñez, 2014.
- Save the Children, *Violencia y trata de personas en Centroamérica: oportunidades de intervención regional*, Managua, 2012, p. 57 y ss.
- Sentencia definitiva 8-CAS-205, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal, El Salvador, 16 de diciembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1489/2021, Sala de lo Penal, España, 3 de marzo de 2021. Resolución 725/2020.
- Sentencia del Tribunal Supremo 3097/2020, Sala de lo Penal, España, 28 de septiembre de 2020. Resolución 480/2020.
- Sentencia del Tribunal Supremo 5698/2012, Sala de lo Penal, España, 26 de junio de 2012. Referencia: 578/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo 8701/2012, Sala de lo Penal, España, 5 de diciembre de 2020. Resolución 974/2012.
- UNODC: Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Cocaína desde Suramérica a los Estados Unidos”, en *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica y el Caribe: Una evaluación de las amenazas*, Viena, 2012.
- UNODC, *Manual de lineamientos especializados para primeros respondientes en materia de detección, atención y canalización de posibles casos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes*, México, 2021.
- TERNERA BARRIOS, Francisco, *Derechos reales*, 4º ed., Bogotá: Temis, 2015.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo, *Bienes*, 12º ed., Bogotá: Temis, 2010.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- WINTER ETCHEBERRY, Jaime, “La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”, en Kai Ambos, Dino Carlos Caro Coria y Ezequiel Malarino (coords.), *Lavado de activos y Compliance*, Lima: Jurista Editores, Lima, 2015.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “Instrumentos para combatir el lavado de activos y el enriquecimiento proveniente del narcotráfico”, en VV. AA., *Narcotráfico, política y corrupción*, Bogotá: Temis, 1997.

Revista Penal México 27

• julio • diciembre 2025 •

e-ISSN: 3061-7324



Presente y futuro del derecho penal económico en Italia

The Present and Future of Economic Criminal Law in Italy

• **Alessandro Melchionda** •

Catedrático de Derecho Penal en la Università
degli Studi di Trento, Italia.

Presente y futuro del derecho penal económico en Italia

The Present and Future of Economic Criminal Law in Italy

• Alessandro Melchionda • Università degli Studi di Trento •

Fecha de recepción
15-04-2025

Fecha de aceptación
26-05-2025

Resumen

El derecho penal económico es un sector en pleno crecimiento en el sistema jurídico italiano. Responde a los criterios y a la influencia del derecho europeo. Se aprecia la armonización del derecho penal en Italia y en todos los países europeos, y una enorme tendencia a aproximarse a los criterios del derecho administrativo.

Palabras clave

Derecho penal económico, Italia, armonización, derecho administrativo.

Abstract

Economic criminal law is a rapidly growing sector in the Italian legal system. It responds to the criteria and influence of European law. One can observe the harmonization of criminal law in Italy and throughout European countries, and a strong tendency to align with the criteria of administrative law.

Keywords

Economic criminal law, Italy, harmonization, administrative law.

1.

En el marco del ordenamiento jurídico italiano, el sector del derecho penal económico ha adquirido y mantiene una importancia fundamental en el desarrollo de la legislación penal más reciente. Se trata de una importancia que se ve confirmada en las numerosas reformas que han afectado a ámbitos más específicos, con un torbellino de cambios e innovaciones que, a menudo, han llevado a la doctrina penal a plantearse una pregunta sencilla: ¿hacia dónde se dirige el derecho penal económico?

La respuesta a esta pregunta también puede ser muy sencilla, porque es una pregunta que no deja mucho margen a la libre elección. Ante ella, cualquier jurista penalista europeo de hoy podría responder con sencillez: “vamos a donde nos lleva Europa”.

En realidad, la respuesta evoca una situación conocida desde hace tiempo y valorada críticamente por muchos especialistas en derecho penal. Como es bien sabido, en el contexto de un modelo de *libertad regulada*, reconocido actualmente en todos los Estados de la Unión Europea, la evolución normativa del nuevo milenio ha llevado a los legisladores nacionales a aplicar directivas, reglamentos y decisiones jurisprudenciales de origen comunitario, que han dictado las directrices de la política criminal más reciente y han dado lugar a la configuración de un verdadero marco normativo eurounitario.¹

¹ En relación con estos aspectos del derecho penal económico, me permito hacer referencia a las observaciones más amplias que he desarrollado en mi escrito: Alessandro Melchionda, “Evolución y características actuales del derecho penal económico”, *Revista Penal*, núm. 50, 2022, pp. 184 y ss.

El ejemplo más conocido y relevante de esta situación —al que también volveré más adelante— se aprecia, sin duda, en el ámbito del derecho penal, que ha llevado al abandono del antiguo principio *societas delinquere non potest* con la introducción en muchos sistemas nacionales de la responsabilidad directa de las personas jurídicas.

Pero también pueden encontrarse ejemplos concretos de esta influencia europea directa en muchos otros ámbitos del derecho penal económico y mercantil: en particular (mencionaré solo dos ejemplos por el momento) en el ámbito del derecho penal sobre blanqueo de dinero y en el de la protección del medio ambiente.

2.

Actualmente, como se ha comentado con gran precisión, “el ordenamiento penal ya no es únicamente estatal sino también europeo” y ha dado lugar al “nacimiento de una ‘red normativa’, singularmente compleja, en la que convergen tanto la legislación como la jurisprudencia nacional y la comunitaria, e incluso la internacional, que ha reemplazado ya a la tradicional ‘pirámide’ de escalones del sistema jurídico”.²

² Gonzalo Quintero Olivares y José Luis González Cussac, “Sobre una política criminal común europea”, en Francisco Javier Álvarez García, Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Püschel (coords), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, 37 y ss.

En este contexto, la economía ha asumido claramente una importancia central y prioritaria. Y las opciones de política penal de los distintos legisladores nacionales también se han caracterizado cada vez más por la disposición de un sistema multinivel, que ha ampliado radicalmente los horizontes tradicionales del derecho penal clásico y ha llevado a hablar de la aparición de un verdadero “derecho penal económico europeo”.³

En este proceso de predeterminación supranacional de las orientaciones de la política económica común europea, se han reconocido las características de una especie de nueva Edad Media del derecho penal. Partiendo, precisamente, de la lógica de una *lex mercatoria* común, este proceso se amplió progresivamente a la protección de los derechos humanos, como respuesta potencial a la globalización y a los retos del capitalismo mundial. Con el tiempo, surgió como un modelo “democrático” *sui generis*, que admite la necesidad de sustraer muchas opciones primarias a la toma de decisiones locales (en realidad: nacionales) y, de esta manera, priva a los Estados individuales de su soberanía en vista de los objetivos comunes de cada uno. Se trata, en otras palabras, de un proceso de normalización que está:

[...] en dialéctica con la soberanía de los Estados, pero que, a diferencia de la globalización, pone en práctica una renuncia voluntaria y

controlada a ciertas partes de esta soberanía en razón de una identidad percibida como importante de proteger: la elección parece así democrática porque protege un bien económico y cultural sentido como común.⁴

Es decir, se trata de un “entrelazado reticular de fuentes de producción normativa (que va más allá de las disposiciones abstractas de la ley) y un pluralismo horizontal y vertical de esas mismas fuentes y de sus respectivos universos culturales”.⁵

3.

Al mismo tiempo, la combinación de las numerosas intervenciones, así impuestas por la legislación europea, ha generado una serie de reflejos muy peculiares.

Por una parte, como se ha observado, este proceso de *armonización europea* progresiva e ineludible ha conducido también a un fenómeno de *administrativización* del derecho penal. En otras palabras, se ha dado espacio a un mecanismo de producción normativa, a resultas del cual el precepto penal tiende a “llenarse de una antijuridicidad administrativa, que simplemente transpone,

3 José Luis González Cussac, “Hacia la construcción de un derecho penal económico europeo”, en *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Madrid: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 311 y ss.

4 Massimo Donini, “Verso un nuovo Medioevo penale? ‘Vecchio’ e ‘nuovo’ nell’espansione del diritto penale economico”, *Cassazione Penale*, 2003, pp. 1809 y ss.

5 Massimo Donini, “Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI”, en Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín y Santiago Mir Puig (coords.), *La política criminal en Europa*, Barcelona: Atelier, 2004, pp. 43 y ss.

con algunos rasgos adicionales o ‘selectivos’, una disciplina extrapenal, a la que luego se aplica la sanción penal”.⁶

Desde esta perspectiva, se trata, por tanto, de un fenómeno que ha conducido a una revisión de los modelos característicos de la pasada concepción puramente sancionadora del derecho penal y en el que también se ha constatado una vuelta a una especie de *primacía de la ilicitud sobre la tipicidad*, por la que la prohibición penal se sitúa en una dimensión de *dependencia genética* de las disciplinas extrapenales.

Por otra parte, esta predeterminación “europea” de las líneas de sanciones impuestas a los distintos Estados nacionales también ha favorecido, a menudo, la creación de infracciones penales que, a veces, se superponen directamente a infracciones paralelas de naturaleza puramente administrativa, lo que ha dado lugar a la aparición de un nuevo problema, también muy característico de la evolución más reciente del derecho penal económico. Me refiero, en particular, a la cuestión del reconocimiento del denominado principio *ne bis in idem sustantivo*, en virtud del cual se reconoce actualmente una prohibición de doble punición que no solo afecta al ámbito del derecho penal, sino que se extiende a la consideración del campo más amplio de la ilegalidad, tanto penal como administrativa.⁷

4.

Sin embargo, la respuesta a la pregunta inicial (¿hacia dónde se dirige el derecho penal económico?) puede ser mucho más intrincada si se tiene en cuenta la misma complejidad de lo que hoy podemos denominar *derecho penal económico*.

Sin ánimo de proponer delimitaciones rígidas y arbitrarias, con el paso del tiempo, el ámbito de aplicación de esta área concreta del derecho penal se ha ido ampliando cada vez más, en comparación con la consideración inicial de ceñirse solo a algunos sectores de la denominada “parte especial”. De esta manera, incluso dejando a un lado la posibilidad real de trazar una línea de separación interna de la materia penal,⁸ la misma

⁶ Massimo Donini, “Verso un nuovo Medioevo penale?...”, *op. cit.*, pp. 1809 y ss.

⁷ Como es sabido, la discrecionalidad del legislador nacional para castigar un mismo hecho con varias sanciones de distinta naturaleza, generalmente permitida en el derecho de la UE, ha sido progresivamente rebajada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de una dirección interpretativa inaugurada en

2014, por el caso “Grande Stevens” (Tribunal de la UDE, sentencia de 4 de marzo de 2014, Grande Stevens contra Italia). El caso que dio lugar a la denegación de la acumulación de sanciones se refería a una conducta de “manipulación del mercado” que constituía tanto una infracción administrativa del artículo 187-ter, del Decreto Legislativo núm. 58/1998, como un delito del artículo 185, del Decreto Legislativo núm. 58/1998, castigado con pena de prisión y multa. Los jueces europeos hicieron uso de la prohibición establecida en el artículo 4 Prot. Núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Recientemente, para una visión general de esta cuestión, véase Nicola Madia, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d’insieme*, Roma: Wolters Kluwer-CE-DAM, 2020.

⁸ Sobre este punto, en el debate español, véanse también las interesantes consideraciones

experiencia de estudio adquirida hasta hoy ha puesto de manifiesto la gran importancia que asume este esfuerzo teórico de la *actio finium regundorum*, no solo para la correcta aplicación de los tipos delictivos individuales, sino para la consideración más general de las cuestiones de derecho penal relacionadas con los procesos económicos que rigen nuestra sociedad en su conjunto, tanto desde el punto de vista de los derechos y necesidades individuales, como en referencia a los derechos y necesidades de la comunidad y de los propios Estados nacionales.

Como bien se ha observado, “un enfoque correcto del Derecho penal de la economía postula un trabajo preliminar destinado a conocer la dinámica social, económica y financiera de una sociedad determinada durante un período de tiempo significativo”.⁹ La economía ha sido siempre un pilar central de la subsistencia de toda organización social, por lo que es en la dinámica global que subyace al ejercicio de toda actividad económica donde debe centrarse también la atención para comprender de forma efectiva y concreta los ámbitos de potencial relevancia y necesidad de recurrir al instrumento penal.

Desde este punto de vista, de hecho, una adecuada consideración y comprensión de estas cuestiones es de fundamental importancia, tanto para una eficaz identificación y aplicación de las múltiples opciones de po-

lítica criminal abstractamente perseguidas por el legislador, como para una adecuada elección de las soluciones técnico-legislativas, de vez en cuando más funcionales para los fines así perseguidos.

Como ejemplo de la importancia fundamental de estos perfiles colaterales, consideremos la esfera del conocimiento criminológico que ha surgido del *descubrimiento* y estudio de los llamados delitos de *cuello blanco*,¹⁰ o la centralidad fundamental que, en el curso del desarrollo progresivo del derecho penal de la economía, adquirió la consideración adecuada de la empresa como un sector en el que cada sujeto actúa en el marco de una organización más general de personas.¹¹ De esta manera, de nuevo, pensemos en el conocimiento actual que ha propiciado el estudio en profundidad de las características normativas (más directamente relacionadas con el sector de la economía), que presenta el sujeto activo cualificado en los delitos especiales y que ha conducido a la identificación de aquellas situaciones concretas en las que determinadas personas pueden ser identificadas en la calificación normativa de referencia, no con base en su investidura formal, sino en sus actuaciones concretas funcionalmente referibles a dicha calificación,¹² o en virtud de una

de Luis Gracia Martín, “Recensión a Martínez-Buján Pérez, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte General”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 13, 2004, pp. 445 y ss.

9 Enrico Mario Ambrosetti, Enrico Mezzetti, Mauro Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, 5^a ed., Bologna: Zanichelli, 2022, pp. 1 y ss.

10 La referencia es obviamente a la obra fundamental de Edwin Hardin Sutherland, *White Collar Crime*, New York: Praeger, 1949.

11 A este respecto, véase para todos Cesare Pedrazzi, “Profili problematici del diritto penale d'impresa”, *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1988, p. 134, así como, posteriormente, Alberto Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna: Il Mulino, 2010, pp. 175 y ss.

12 Para profundizar en esta cuestión, véase, en

delegación formal que les confiere el sujeto cualificado.¹³

Desde esta perspectiva, el derecho penal económico tiende, pues, a seguir refiriéndose a un ámbito de la parte especial del derecho penal, dentro del cual es lógico incluir tanto los sectores históricamente más tradicionales (delitos de empresa, delitos de quiebra) como otros que se han ido incorporando progresivamente a esta selección (delitos fiscales; delitos aduaneros; delitos financieros; pero también, en parte, delitos urbanísticos, delitos medioambientales, delitos relativos a la seguridad en el trabajo).

Al mismo tiempo, y desde un punto de vista más general, también parece correcto identificar hoy en día el derecho penal económico como el sector del sistema de justicia penal en el que se analizan los problemas potencialmente subyacentes a todas las situaciones penalmente relevantes que pueden surgir en el contexto de las actividades económicas, ya sean públicas o privadas.¹⁴

5•

En el contexto de esta consideración, se plantea una clara situación de conflicto potencial entre el ejercicio de un derecho humano fundamental, reconocido en toda sociedad moderna, y la necesidad paralela de proteger a la propia sociedad de los riesgos que puede generar el ejercicio de esta actividad. El artículo 41 de la Constitución italiana pone de manifiesto esta necesidad básica de forma muy eficaz: por un lado, de hecho, de forma similar a lo establecido en el artículo 38 de la Constitución española, reconoce la plena libertad de toda iniciativa económica privada, pero, por otro lado, especifica inmediatamente que este ámbito de libertad individual “no puede realizarse en conflicto con la utilidad social o de forma que perjudique la salud, el medio ambiente, la seguridad, la libertad y la dignidad humana”.¹⁵

La correcta consideración normativa de esta situación de potencial conflicto debe partir, por tanto, de la conciencia de este posible conflicto: por un lado, está la licitud de una situación de riesgo, la de la libertad de empresa, que el Estado reconoce como legítima para todo individuo, y por otro, está la cuestión de entender y establecer hasta qué punto esta si-

general, Gabriele Marra, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino: Giappichelli, 2002.

¹³ Sobre este tema, véase en general Vincenzo Mongillo, “Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico”, *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, núm. 1, 2005, pp. 325 y ss.

¹⁴ Con referencia a estos aspectos de amplitud y extensión del Derecho penal económico, me permito remitir nuevamente a mi escrito: Alessandro Melchionda, “Evolución y características actuales del derecho penal económico”, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

¹⁵ Sobre la importancia de una atenta consideración de estos principios de la Constitución, véase especialmente Franco Bricola, “Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali”, *Giurisprudenza commerciale*, 1985, pp. 709 y ss., y posteriormente Alberto Alessandri, “Parte Generale”, en Cesare Pedrazzi, Alberto Alessandri, Luigi Foffani, Sergio Seminara, Giuseppe Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2.ª ed., Bologna: Monduzzi Editore, 2010, pp. 1 y ss., 17 y ss.

tuación de riesgo individual, en el ejercicio de una actividad económica, puede considerarse lícita cuando puede llegar a manifestar efectos de riesgo para otros sujetos y, en ciertos casos, para la propia sociedad.

Con la intención de esbozar un esquema de estas posibles situaciones de conflicto, el panorama general puede dividirse en cuatro tipos diferentes de riesgo:

- a. La actividad empresarial puede generar riesgos para los derechos económicos de otras personas (derechos de propiedad o derecho a realizar actividades económicas);
- b. o puede generar riesgos para los derechos fundamentales de la persona (derecho a la vida, a la salud, a la integridad personal);
- c. pero el ámbito de los posibles riesgos puede dirigirse también hacia la colectividad e incluso, en este caso, puede considerarse un primer ámbito de riesgo con referencia a los derechos de carácter económico y, por tanto, a la necesidad de proteger el mercado económico colectivo,
- d. o puede proyectarse hacia intereses comunes y difusos, de mayor alcance, de la comunidad como, por ejemplo, en el caso de posibles riesgos para el medio ambiente.

6.

En el contexto de este panorama global, el derecho penal económico, sin duda animado por las expectativas de protección cada vez más corroboradas por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ha cargado fuertemente de responsabilidad a la esfera directiva de las empresas.

Citaré algunos ejemplos para aclarar mejor el sentido de mis breves reflexiones. El reconocimiento por parte de la Unión Europea

del llamado principio de precaución, consagrado en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ha sentado las bases para una especie de retorno sigiloso a los perfiles de responsabilidad objetiva, que dan cabida a esquemas de atribución de responsabilidad que evidentemente solo se valoran *a posteriori*, es decir, después de que se produzcan los hechos dañosos, pero que solo encuentran un fundamento aparentemente acorde con el principio de culpabilidad, debido a este perfil de imprudencia de la acción humana que se basa, así, en la violación absorbente de un principio de precaución genérico.¹⁶

Pero el discurso puede llevarse aún más lejos. De hecho, desde muchos puntos de vista, uno de los aspectos más característicos de las nuevas tendencias del derecho penal económico es, precisamente, este fenómeno de expansión del ámbito de la responsabilidad penal a situaciones que solo pueden caracterizarse concretamente por perfiles de imprudencia en la gestión de la empresa.

Se trata de un aspecto muy particular que atraviesa diferentes áreas de relevancia en el derecho penal económico. Una vez más, para simplificar el tenor de mis observaciones, procederé con algunos ejemplos.

Recientemente, se ha llamado la atención sobre el hecho de que, a primera vista:

[...] el derecho penal de la economía parece ser una constelación de delitos penales de

¹⁶ En general, véase Carlos Ruga Riva, “Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica”, en Emilio Dolcini y Carlo Enrico Paliero (coords.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano: Giuffrè Editore, 2006, pp. 1743 y ss.

forma constreñida, perpetrados con clara intención por autores que se dedican a lucrarse y están dispuestos a poner sus habilidades al servicio de este propósito en contra de los preceptos y limitaciones legales. Pero una representación de sus connotaciones que se detuviera en esta nota sería muy inexacta. El jurista sabe por experiencia que una parte igualmente importante del área del derecho penal en el ámbito económico la ocupa ahora la responsabilidad por imprudencia. No sólo culpa, sino culpa “refleja”: cada vez es más frecuente encontrar comportamientos omisivos, vinculados de diversas formas a un delito culposo, que lo “rodean” sin integrar su elemento subjetivo típico (los ámbitos de la seguridad en el trabajo, la responsabilidad por productos defectuosos, los delitos medioambientales y la simple quiebra ofrecen numerosos ejemplos). El partícipe imprudente se abre paso en la escena del derecho penal económico, junto a figuras mucho más propias de este contexto, de hecho, casi desplazando al especulador insensible, al autor sin escrúpulos de la bancarrota, al administrador infiel, etc.

La normalización de la mala conducta económica culpable nos obliga ahora a examinar la morfología de la participación negligente, antaño la relegada de los tribunales y de los estudios científicos sobre la delincuencia de cuello blanco y ahora la protagonista absoluta del control penal de las actividades productivas y comerciales.¹⁷

Se trata de un fenómeno muy significativo que, al menos dentro del ordenamiento jurídico italiano, ha encontrado su desarrollo en el fortalecimiento (según algunos en la “dilatación patológica”) de la llamada posición de garantía reconocida en diversas figuras de la alta dirección de una empresa y, paralelamente, en la progresiva proliferación de formas de responsabilidad por participación omisiva imprudente.

7.

Pero esta expansión de la responsabilidad culposa se manifiesta también en otros sectores del derecho penal económico y con extensión a situaciones, en algunos aspectos solo paralelas a las típicas, de la responsabilidad penal individual.

Tomemos de nuevo el ejemplo de la responsabilidad de las personas jurídicas. Según el modelo normativo actual, la responsabilidad de las personas jurídicas se basa, casi exclusivamente, en una forma de “falta de organización”, por no haber adoptado un modelo de *compliance* capaz de prevenir los delitos cometidos por personas físicas que actúan en nombre de la persona jurídica y con actos cometidos en su interés o en su ventaja. En la práctica, de todos los procedimientos penales centrados en la constatación de esta forma de responsabilidad, el eje de la decisión sigue siendo exclusivamente el reconocimiento o no de esta situación de culpabilidad, en la gestión previa de los mecanismos de prevención e impedimento de los actos delictivos. Sin embargo, todo el mundo es consciente de la compleja posibilidad de probar en juicio la idoneidad previa de un modelo de *compliance* preventivo, en presencia del cual, de hecho, se dio cabida a la comisión de un delito en interés o en ventaja de la

¹⁷ Federico Consulich, “*Errare commune est. Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale d’impresa (e non solo)*”, *La legislazione penale*, 28 de marzo de 2022, pp. 1.

persona jurídica. En la forma, se trata de una responsabilidad por culpa de la persona jurídica, pero en la práctica, a menudo es fuente de una presunción de responsabilidad casi absoluta, que se convierte así en una responsabilidad casi objetiva.¹⁸

Pero los ejemplos pueden ir aún más lejos. Estoy llegando a una conclusión, pero también me gustaría llamar la atención sobre otro ámbito de gran importancia y aplicación práctica en el sistema jurídico italiano.

Con el objetivo principal de combatir el fenómeno mafioso y los flujos de riqueza ilícita procedentes de estas actividades de delincuencia organizada, el ordenamiento jurídico italiano ha dado cabida a una disciplina articulada de *medidas de prevención*, gracias a las cuales, incluso en ausencia de la comisión previa de un delito, sobre la única base de un juicio sobre la peligrosidad de determinados sujetos, o sobre la falta de justificación del origen lícito de ciertos bienes, se pueden confiscar grandes patrimonios y ordenar la administración judicial de empresas.

Esta disciplina está ahora prevista en el llamado Código Antimafia.¹⁹ En la práctica, sin embargo, es una disciplina que, ahora también, se extiende y aplica ampliamente

fuera de la delincuencia organizada de tipo mafioso.²⁰

Cito un ejemplo reciente, que bien puede ilustrar el peso y la importancia que esta disciplina también encuentra hoy en ámbitos específicos del derecho penal económico.

En Italia, se prevé ahora el delito de “Intermediación y explotación laboral ilegal”,²¹ a menudo, denominado delito de *caporalato*. Se trata de un delito necesariamente doloso, que solo puede imputarse a los directivos de sociedades y empresas en la hipótesis de que exploten de forma consciente y voluntaria la actividad de trabajadores individuales.²²

Recientemente, se ha tenido noticia de una iniciativa particular de la Fiscalía de Milán, que puso en marcha varias investigaciones sobre episodios de *caporalato* en fábricas chinas de la región de Lombardía.²³ Al final

¹⁸ Sobre la complejidad de estos aspectos probatorios procesales, véase en general, el reciente e interesante estudio monográfico de Rosella Sabia, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi. Esperienze comparate e scenari di riforma*, Torino: Giappichelli, 2022.

¹⁹ Decreto Legislativo núm. 159 del 6 de septiembre del 2011, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 226, suplemento ordinario, núm. 214, Italia, 28 de septiembre de 2011.

²⁰ Para una visión general de esta disciplina, véase Fabio Basile, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Torino: Giappichelli, 2021.

²¹ Código Penal, artículo 603-bis, *Gazzetta Ufficiale*, 3 de noviembre del 2016. https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codice-Penale/603_1_2

²² Para las referencias esenciales sobre este delito, véase para todos Alberto Giuliani, *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova: Padova University Press, 2015.

²³ Federico Consulich, “La responsabilità senza reato della persona giuridica. Riflessioni penalistiche sulla prevenzione patrimoniale applicata all’ente”, *Rivista* 231, núm. 1, 2023, pp. 206 y ss.; Marina Di Lello Finuoli, “La compliance riparativa: un ‘giunto cardanico’ tra responsabilità da reato degli enti e misure di prevenzione”, *Archivio Penale*, núm. 2, 2023, pp. 1 y ss.; Edoardo Zuffada, *Homo æco-*

de esta investigación, se llamó la atención sobre un gran nombre de la moda italiana, Giorgio Armani Operations, una empresa de diseño y producción de ropa y accesorios del grupo Armani, que fue puesta bajo administración judicial por presunta explotación laboral.²⁴ Según la acusación, Giorgio Armani Operations —como ya había ocurrido hace unos meses con otra empresa: Alviero Martini Spa—²⁵ no supervisó adecuadamente a las empresas a las que subcontractaba su producción, las cuales, al no tener capacidad de producción para completar internamente los pedidos, habrían subcontractado, a su vez, la actividad de fábricas que utilizaban mano de obra china ilegal, con jornadas laborales masacrantes (14 horas) y salarios por hora muy bajos.

En el marco de esta investigación, los fiscales consideraron que la empresa Giorgio Armani Operations (cito textualmente del acta de acusación) había sido “incapaz de prevenir y atajar los fenómenos de explotación laboral” en el ciclo de producción,

[...] al no haber puesto en marcha las medidas adecuadas para verificar las condiciones

reales de trabajo o las capacidades técnicas de las empresas contratantes, de forma que se facilitó (con imprudencia) a sujetos que habían sido alcanzados por pruebas sustanciales de la comisión del delito de “caporalato”.²⁶

El juicio podrá demostrar la validez o la falta de fundamento de estas acusaciones, aunque a menudo los procesos no llegan a una verificación definitiva de las acusaciones, ya que se definen previamente tras acuerdos con la Fiscalía, basados en la eliminación de los perfiles organizativos de la empresa considerados ilegítimos, con la contratación de trabajadores externos y la consiguiente revocación de las medidas preventivas aplicadas por el tribunal. Sin embargo, como me resulta evidente, incluso en esta situación, importantes asunciones de responsabilidad se basan en acusaciones de carácter meramente imprudente.

8.

En conclusión, creo que todo el mundo tiene claro que es importante reflexionar detenidamente sobre estas tendencias recientes del derecho penal económico actual.

Como hemos visto, el proceso progresivo de “europeización” del derecho penal económico está condicionando fuertemente las opciones de política criminal. En mi opinión, se trata de un proceso que puede compartirse, pero que debe vigilarse y controlarse constantemente para evitar que dé lugar a situa-

nomicus periculosus. Le misure di prevenzione come strumento di contrasto della criminalità economica: Uno studio della prassi milanese, Milano: Giuffrè, 2022.

²⁴ V. Tribunale di Milano, sezione autonoma misure di prevenzione, decreto del 3 de abril del 2024. <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2024/04/amm-giud-trib-milano.pdf>

²⁵ V. Tribunale di Milano, sezione autonoma misure di prevenzione, decreto 15 de enero del 2024. <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2024/01/trib-milano-prevenzione.pdf>

²⁶ V. Tribunale di Milano, sezione autonoma misure di prevenzione, decreto 3 de abril del 2024, *op. cit.*

ciones de posible conflicto con los principios fundamentales del derecho penal.

Y precisamente en este sentido, esta relevancia cada vez mayor que tiende a atribuirse a formas meramente imprudentes de responsabilidad debe ser cuidadosamente estudiada y vigilada, porque la historia nos ha enseñado que, cuando la imprudencia corre el riesgo de basarse únicamente en presunciones, en realidad, lo que llamamos “imprudencia” solo oculta un retorno ilegítimo a formas de responsabilidad meramente objetivas.

En la contraposición entre el presente y el futuro del derecho penal económico, en mi opinión, ambas cuestiones deben seguir siendo el centro de la reflexión penal. Con demasiada frecuencia, la búsqueda de modelos normativos destinados a facilitar soluciones aplicables que ayuden a superar las complejidades probatorias lleva a adoptar mecanismos presuntivos o formas genéricas de *allocation* (asignación) de la responsabilidad penal.²⁷ Se trata, por tanto, de modelos normativos que no ofrecen una visión aceptable del derecho penal del futuro, sino que solo revelan peligrosos retornos a un pasado que es mejor que siga siendo pasado.

Referencias

- ALESSANDRI, Alberto, “Parte Generale”, en Cesare Pedrazzi, Alberto Alessandri, Luigi Foffani, Sergio Seminara, Giuseppe Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2.^a ed., Bologna: Monduzzi Editore, 2010.
- ALESSANDRI, Alberto, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna: Il Mulino, 2010.
- AMBROSETTI, Enrico Mario, Enrico MEZZETTI, Mauro RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 5.^a ed., Bologna: Zanichelli, 2022.
- BASILE, Fabio, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Torino: Giappichelli, 2021.
- BRICOLA, Franco, “Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali”, *Giurisprudenza commerciale*, 1985.
- Código Penal, artículo 603-bis, *Gazzetta Ufficiale*, 3 de noviembre del 2016. https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale/603_1_2
- CONSULICH, Federico, “Errare commune est. Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale d'impresa (e non solo)”, *La legislazione penale*, 28 de marzo de 2022. https://www.lalegislatione penale.eu/wp-content/uploads/2022/04/Contributo-Consulich_def-1.pdf
- CONSULICH, Federico, “La responsabilità senza reato della persona giuridica. Riflessioni penalistiche sulla prevenzione patrimoniale applicata all'ente”, *Rivista231*, núm. 1, 2023. <https://www.rivista231.it/Articoli/2023/1/1528/>
- Decreto Legislativo núm. 159 del 6 de septiembre del 2011, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 226, suplemento ordinario, núm. 214, Italia, 28 de septiembre de 2011. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2011-09-06;159>
- DI LELLO FINUOLI, Marina, “La compliance riparativa: un ‘giunto cardanico’ tra responsabilità da reato degli enti e misure di prevenzione”, *Archivio Penale*, núm. 2, 2023. <https://archiviopenale.it/la-com->
- ²⁷ Sobre estos aspectos críticos del derecho penal económico reciente, siguen siendo fundamentales y esclarecedoras las observaciones de Filippo Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna: Il Mulino, 1990.

- pliance-riparativa-un-giunto-carda-nico-tra-responsabilita-da-reato-de-gli-enti-e-misure-di-prevenzione/articoli/40547
- DONINI, Massimo, “Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI”, en Mirentxu Corcoy Bidasolo, Víctor Gómez Martín y Santiago Mir Puig (coords.), *La política criminal en Europa*, Barcelona: Atelier, 2004.
- DONINI, Massimo, “Verso un nuovo Medioevo penale? ‘Vecchio’ e ‘nuovo’ nell’espansione del diritto penale económico”, *Cassazione Penale*, 2003, pp. 1808 y ss. <https://iris.uniroma1.it/handle/11573/1488048>
- GIULIANI, Alberto, *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova: Padova University Press, 2015.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Hacia la construcción de un derecho penal económico europeo”, *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Madrid: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “Recensión a Martínez-Buján Perez C., Derecho penal económico y de la empresa. Parte General”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 13, 2004.
- MADIA, Nicola, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d’insieme*, Roma: Wolters Kluwer-CEDAM, 2020.
- MARRA, Gabriele, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell’amministratore di fatto*, Torino: Giappichelli, 2002.
- MELCHIONDA, Alessandro, “Evolución y características actuales del derecho penal económico”, *Revista Penal*, núm. 50, 2022. <https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/article/view/118/101>
- MONGILLO, Vincenzo, “Delega di funzioni e diritto penale dell’impresa nell’ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico”, *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’economia*, núm 1, 2005. https://www.academia.edu/6225179/Delega_di_funzioni_e_diritto_penale_dell_impresa_nellottica_dei_principi_e_del_sapere_empirico_criminologico
- PEDRAZZI, Cesare, “Profili problematici del diritto penale d’impresa”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1988.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, “Sobre una política criminal común europea”, en Francisco Javier Álvarez García, Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Püschel (coords.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- RUGA RIVA, Carlos, “Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica”, en Emilio Dolcini y Carlo Enrico Paliero (coords.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano: Giuffrè Editore, 2006.
- SABIA, Rosella, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi. Esperienze comparate e scenari di riforma*, Torino: Giappichelli, 2022.
- SGUBBI, Filippo, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*, Bologna: Il Mulino, 1990.
- SUTHERLAND, Edwin Hardin, *White Collar Crime*, New York: Praeger, 1949.
- V. Tribunale di Milano, sezione autonoma misure di prevenzione, decreto 3 de abril del 2024. <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2024/04/amm-giud-trib-milano.pdf>

V. Tribunale di Milano, sezione autonoma misure di prevenzione, decreto 15 de enero del 2024. <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2024/01/trib-milano-prevenzione.pdf>

ZUFFADA, Edoardo, *Homo œconomicus periculosus. Le misure di prevenzione come strumento di contrasto della criminalità economica: Uno studio della prassi milanese*, Milano: Giuffrè, 2022.

Revista Penal México 27

• julio • diciembre 2025 •

e-ISSN: 3061-7324



El delito de peculado como tipo penal de anticorrupción

*The Crime of Embezzlement as an
Anti-Corruption Offense*

• **Luz María Pérez González** •

Investigadora autónoma.

Abogada, maestra en Políticas Anticorrupción,
en Derecho Penal y servidora pública.

lumgop@gmail.com

El delito de peculado como tipo penal de anticorrupción

The Crime of Embezzlement as an Anti-Corruption Offense

• Luz María Pérez González • Investigadora autónoma •

Fecha de recepción

25-01-2025

Fecha de aceptación

14-03-2025

Resumen

El peculado, como manifestación de un acto corrupto, se presenta en perjuicio de la hacienda pública y solo puede ser autor del delito el servidor público que tenga una función directa sobre el objeto material o quien por un acto administrativo tenga la custodia, administración o aplicación de los recursos o bienes del Estado. Para su acreditación se requieren pruebas fehacientes que no dejen duda razonable; en ese sentido, la realización de auditorías y las técnicas forenses permiten evidenciar actos de corrupción y fraudes financieros que hacen presumible presuntas irregularidades en la gestión y administración presupuestal y financiera de los recursos públicos.

Palabras clave

Peculado, servidor público, corrupción pública, auditoría forense, informe de auditoría.

Abstract

Embezzlement is a form of corruption that harms the Public Treasury. Only public officials who have direct responsibility over the material object, or who have been granted custody, administration, or control of state assets or resources through an administrative act, can be considered perpetrators of this crime. To establish its occurrence, irrefutable evidence that leaves no room for reasonable doubt is required. In this regard, audits and forensic techniques play a key role in uncovering acts of corruption and financial fraud, as they can reveal irregularities in the management and financial administration of public resources.

Keywords

Embezzlement, public official, public corruption, forensic audit, audit report.

Sumario

1. La tipificación de la corrupción pública en México. / 2. El tipo penal de peculado en el Código Penal de la Federación (CPF). / 3. La auditoría forense como herramienta para la detección e investigación de peculado. / 4. Reflexiones finales. / 5. Referencias.

1. La tipificación de la corrupción pública en México

El 27 de mayo de 2015 se publicaron en México las reformas constitucionales en materia de anticorrupción, con el objetivo de prevenir y sancionar adecuadamente las diferentes tipologías que subyacen en el sector público y privado de dicho fenómeno delictivo. Se aprobaron cuatro leyes nuevas: la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; la Ley General de Responsabilidades Administrativas; la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación. Mientras tanto, se reformaron la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la cual ya se encuentra derogada por la actual ley del 20 de mayo de 2021; el Código Penal Federal, y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

En la reforma del Código Penal Federal (CPF), que se publicó el 18 de julio de 2016, se plasmó un artículo transitorio que establecía la entrada en vigor de dichas reformas a partir de que el Senado de la República realizara el nombramiento “del titular de la Fiscalía Especializada en materia de Delitos Relacionados con Hechos de Corrupción”.¹ Actualmente

se encuentran vigentes dichas reformas, y en función, la fiscalía.

De hecho, la denominación actual del Título décimo del CPF es “Delitos por hechos de corrupción”; sin embargo, en ningún apartado de dicho título se define la corrupción, únicamente se establece qué debe entenderse por servidor público, como elemento normativo del tipo, y cuáles son los tipos penales que quedan comprendidos dentro de la tipología de corrupción, pero es omiso en el bien jurídico tutelado, el cual ha quedado concebido por los juristas como el adecuado funcionamiento de la administración pública. En tanto, una interpretación judicial estableció, mediante tesis aislada, que el bien jurídico tutelado es el correcto ejercicio del servicio público.² En cualquiera de los casos, queda claro que la tutela se da hacia la administración pública, es decir, hacia el adecuado ejercicio de la función pública y, por ende, de los recursos públicos.

Federación, 14 de agosto de 1931 (última reforma publicada 7 de junio de 2024), <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPF.pdf>

2 Tesis Jurisprudencial: I.7º.P.88.P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo IV, agosto de 2017, p. 2832. Registro digital: 2014890.

1 CPF: Código Penal Federal, *Diario Oficial de la*

Con relación a la calidad requerida del sujeto activo, el artículo 212 del Código Penal establece que *servidor público* será:

[...] toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, empresas productivas del Estado, en los órganos constitucionales autónomos, en el Congreso de la Unión, o en Poder Judicial Federal, o que manejen recursos económicos federales.³

Cabe mencionar que dicha calidad es necesaria para encuadrar los tipos penales contemplados en la legislación, ya que, con base en ello, quedará acreditada su calidad como sujeto activo y su grado de participación en el injusto penal derivado de la infracción de deber acaecida. Sin embargo, de acuerdo con De la Mata, “la mera infracción de un deber, la ‘deslealtad’, no puede fundamentar la intervención penal si no se relaciona con el sustrato del que deriva dicho deber, un objeto de tutela penal concreto de cuya indemnidad es garante el funcionario”.⁴ Esto porque la protección del bien jurídico subyace en los objetivos que caracterizan al servicio público, como son la legalidad, la honradez, la lealtad, la imparcialidad, la objetividad, la integridad, etcétera. Así, el buen funcionamiento de la

administración pública implica la exclusión de intereses particulares hacia la consecución de fines públicos.

Además de la prisión, se establecen sanciones como la destitución e inhabilitación para el cargo o desempeño público y, cuando se trata de particulares, la inhabilitación para el desempeño de un cargo público o la contratación en adquisiciones u obras públicas. También, la determinación de la cuantía de la pena se realizará considerando el monto o el beneficio obtenido, lo cual queda señalado en el artículo 212 del mencionado ordenamiento; asimismo, el juez también debe atender, para la determinación del *quantum* de la pena, lo estipulado por los artículos 51 y 52, que establecen la obligación del juzgador de atender a las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, así como lo siguiente:

Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

- I. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;
- II. La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;
- III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;
- IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito;
- V. La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado pertene-

³ CPF, *op. cit.*, art. 212.

⁴ Norberto J. de la Mata Barranco, “La necesidad de sancionar el peculado en todas sus manifestaciones”, *Revista Penal México*, núm. 20, vol. 11, enero-junio de 2022, p. 40.

ciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII. Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Estas disposiciones se explican porque la autoridad judicial no debe únicamente acatar lo que señala la normativa aplicable para servidores públicos, sino también considerar las reglas generales de la parte sustantiva penal para su análisis ya que, de lo contrario, la resolución que fundamenta la pena resultaría contraria a los derechos humanos del imputado.

Adicionalmente, la calidad de “servidor público” se considera como una agravante, por lo que, para la individualización de la pena, además de lo ya mencionado en los párrafos anteriores, se deberá tener en cuenta el nivel jerárquico, “el grado de responsabilidad en el cargo, su antigüedad en el empleo [...], sus percepciones, su grado de instrucción [...], circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito”, así como la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados.⁵

Consideramos que las sanciones previstas para los sujetos activos de delitos de corrupción cumplen con la finalidad de una prevención general negativa, en el sentido de que motivan al servidor público a no quebrantar la ley, pues pretenden que aquel adecue su ac-

tuar mediante un análisis de costo-beneficio, es decir, que los costos que implica la sanción sean mayores que el beneficio obtenido por el acto delictivo; esto es así porque se parte de la premisa de que la persona es un ente racional, y el delito, un acto ineficiente para la sociedad.

Para el caso de delitos por hechos de corrupción, consideramos que este ilícito implica una oportunidad para abusar de los cargos públicos con miras a obtener un beneficio económico o en especie para el provecho de la persona servidora o de cualquier otra; en consecuencia, quien actúa de forma contraria a derecho lo hace desde una racionalización de sus circunstancias y la baja percepción de la posibilidad de ser descubierto.

Asimismo, los criterios de individualización de la pena en el CPF no solo versan sobre el *quantum*, sino también respecto de una agravante derivada de la calidad del sujeto activo. Debido a que en el ordenamiento jurídico mexicano se establecen de forma paralela e independiente la responsabilidad administrativa y la política, ello implica la posibilidad de juzgar al mismo individuo por otra vía judicial y que sea sancionado por los mismos hechos. Sobre este asunto, nuestro máximo tribunal ha establecido que el sistema de responsabilidades de servidores públicos se sustenta en el principio de autonomía y se instituye en órganos, procedimientos, supuestos y sanciones propios, “sin que ello implique la transgresión al principio *non bis in idem*, porque se trata de sanciones que pertenecen a distintos ámbitos jurídicos y persiguen diversas finalidades”.⁶

⁵ CPF, *op. cit.*, art. 213.

⁶ Tesis aislada: I.40.A.19 A (11a.), Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, undécima época,

Sin embargo, consideramos que la acumulación de sanciones resulta excesiva y en perjuicio del imputado, ya que en él recae una sanción administrativa y otra penal con las mismas características; por ejemplo, cuando se trata de destitución o inhabilitación, estas pueden concurrir en un mismo sujeto y con diferente temporalidad, lo que resulta en perjuicio del individuo por constituir una pena excesiva en comparación con el hecho cometido; por ello, se considera que debería anularse la sanción impuesta en el segundo procedimiento, ya que resulta improcedente, por tratarse de una condena penal pronunciada en relación con una conducta sancionada por la vía administrativa y en agravio de los derechos fundamentales del sentenciado.

1.1. Los delitos por hechos de corrupción

La responsabilidad penal surgirá cuando exista una conducta típica, antijurídica y culpable dentro de la administración pública. Los encargados de denunciar un hecho que pueda ser calificado posteriormente como delito por la Fiscalía pueden ser un ciudadano, los órganos de control interno o, en su defecto, las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas, que deberán acudir a la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción. En este contexto, para la correcta tipificación de conductas, se requiere que estas deban subsumirse adecuadamente al tipo penal; si bien el órgano investigador de faltas administrativas no califica la existencia del delito, sí se pronuncia respecto de si existen suficientes elementos para realizar

la denuncia correspondiente, ya que la investigación por una falta administrativa no conduce a la denuncia penal, pues, aunque la legislación administrativa y penal tiene los mismos nombres para ciertos ilícitos, los elementos que integran la descripción de los tipos son diversos en ambos ordenamientos jurídicos; de ahí que sea necesario en el ámbito penal acreditar, conforme a la teoría del delito, cada uno de los elementos que integran el tipo penal.

El actual Código Penal Federal establece, dentro de sus conductas típicas, las siguientes: ejercicio ilícito de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso ilícito de atribuciones y facultades, pago y recibo indebido de remuneraciones de los servidores públicos, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, cohecho, cohecho a servidores públicos extranjeros, peculado y enriquecimiento ilícito.⁷

De este catálogo, los delitos que se vinculan directamente con el despilfarro de recursos públicos son el cohecho, el peculado y el uso ilícito de atribuciones y facultades. En este último, por la contratación con recursos públicos de obra, adquisiciones o deuda, su forma de realización es dolosa, puesto que el patrimonio público no se encuentra a libre disposición, sino que está sujeto a ley; con base en ello, es plausible la sanción en contrataciones irregulares de personas, obras, adquisiciones y servicios o bienes, que resulten onerosos; así como el endeudamiento excesivo, el abuso del cargo para beneficios privados, la creación de fondos ocultos o la desviación de recursos.

tomo V, julio de 2022, p. 4685. Registro digital: 2025013.

7 CPF, *op. cit.*, caps. ii, iii, iv, v, v bis, vi, vii, viii, ix, x, xi, xii y xiii.

Finalmente, la responsabilidad penal del delito de corrupción es concurrente, por lo que existe libertad para la configuración de los tipos penales en la legislación local y federal, así como sus sanciones.

2. El tipo penal de peculado en el Código Penal Federal (CPF)

El peculado está regulado en el artículo 223 de la siguiente manera:

- I. Todo servidor público que para su beneficio o el de una tercera persona física o moral, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito, en posesión o por otra causa;
- II. El servidor público que ilícitamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona;
- III. Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades, y
- IV. Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les

dé una aplicación distinta a la que se les destinó.⁸

Del análisis del tipo penal se desprenden los siguientes elementos: el sujeto activo puede ser el servidor público y el particular, en ciertos supuestos; el sujeto pasivo será la administración pública o el ente afectado; el bien jurídico vulnerado es el adecuado funcionamiento de la administración pública o ejercicio del servicio público; es un tipo doloso, de resultado material, ya que requiere la distracción de los recursos públicos. Este tipo penal cuenta con cuatro supuestos de hecho descritos en cada una de sus fracciones, cuyos verbos rectores son: 1) distraer, 2) utilizar, otorgar, 3) solicitar, aceptar o realizar. Cuenta, además, con elementos objetivos y normativos, como son: “dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado” y “custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales”.

En este contexto, existe un tipo penal que sanciona primordialmente la distracción en la administración de los recursos del Estado para beneficio propio o de terceros, por lo que supone un acto de corrupción explícito. De acuerdo con De la Mata y en comparación con el delito de malversación contemplado en la ley española, lo que se produce es un perjuicio patrimonial de “los intereses generales vinculados al proceso de gasto público y correctamente ejecutado del patrimonio público”.⁹ Hablamos de intereses generales, porque el ejercicio de los recursos del Estado es para el beneficio de la población; por ello, su mal uso o ineficiente administración

⁸ *Ibidem*, art. 223.

⁹ De la Mata Barranco, *op. cit.*, p. 47.

produce un perjuicio o daño¹⁰ a la hacienda pública; ambos delitos protegen el patrimonio público desde una “dimensión funcional, esto es, vinculada con los fines que legalmente está destinada a satisfacer —prestación de servicios públicos—”.¹¹ Dado que están destinados a un interés general, el correcto ejercicio del gasto público implica necesariamente el correcto funcionamiento de la administración pública.

En concreto, el injusto penal en estudio no indica los medios comisivos para su realización; sin embargo, para la acreditación de este se requiere la calidad de servidor público, que el objeto material pertenezca al Estado, se encuentre a cargo de aquel y sea dispuesto de forma ilegal. Para ello es necesario que quede plenamente acreditado cuál era el destino de los recursos públicos, con el objetivo de determinar si existe efectivamente un fin diverso.

Del uso ilegal de este tipo de recursos públicos se infiere un elemento subjetivo doloso, por lo que no es posible configurar la forma culposa, pues el sujeto activo tiene un deber jurídico que, al ser violentado, implica que el sujeto no realizó los actos tendentes a

evitar el resultado. De esta manera, “la relación entre el menoscabo del bien jurídico y sujeto del delito solo queda instituida por el quebrantamiento del deber”,¹² lo cual supone un actuar extrapenal del servidor público o particular, o bien, por comisión por omisión. Así, para la acreditación del tipo, la disposición ilegal o mala administración del gasto público debe realizarse dentro del marco de las funciones confiadas al sujeto o por ocasión de ella, pero no fuera de sus atribuciones, porque entonces ya no se estaría en presencia del tipo penal de peculado.

Hablamos de *sujeto* porque las fracciones III y IV del artículo 223 hacen referencia a particulares que, sin ser servidores públicos, tengan confiadas la custodia, administración o aplicación de recursos públicos, por lo que al no tener esa calidad de sujeto activo requerida en las fracciones I y II del tipo, se exige para su acreditación la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y el bien jurídico protegido. Esta relación deriva de las funciones asignadas al sujeto sobre el objeto material, es decir, de lo que le compete hacer ordinariamente.

De acuerdo con Abello, el delito de peculado será cometido por aquellos que tengan funciones asignadas previamente por:

[...] ley o actos administrativos concretos, la administración, tenencia o custodia de determinados bienes del Estado o de particulares o que no teniéndolos inicialmente le fueron asignados con ocasión de sus funciones, esto es, a través de un acto adminis-

10 Para efectos del presente análisis, nos referimos a *perjuicio* cuando existe la privación de una ganancia lícita que debe obtenerse en el cumplimiento de una obligación; mientras que existirá un daño cuando se acredite un menoscabo o una pérdida para la hacienda pública o el patrimonio del ente público como consecuencia de la inobservancia legal.

11 Jorge Vizuela Fernández, “Delitos contra la administración pública”, en Juan Manuel Lacruz López y Mariano Melindo Pardos (coords.), *Tutela penal de las administraciones públicas*, 2da. ed., Madrid: Dykinson, 2015, p. 287.

12 Jorge Abello Gual, “La autoría y participación en el delito de peculado”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, núm. 35, julio-diciembre de 2015, p. 10.

trativo de delegación legítimo superior o de una autoridad competente, que tuviera inicialmente la titularidad de dicha función.¹³

Respecto de la delegación de funciones, se debe considerar que el superior del servidor público tiene la facultad para asignar diversas tareas al subordinado, que están sujetas por un principio de respeto hacia la función original, pues se encuentran supe-
ditadas a la ley o acto administrativo original, por lo que la asignación de funciones no puede desnaturalizarse de aquella que le da origen.

Asimismo, Abello señala que la disponibilidad jurídica sobre el objeto material se da de forma inmediata o mediata aunque limitándose a los deberes específicos del cargo;¹⁴ por tanto, el servidor público podrá acceder a los recursos o bienes públicos de forma directa y material o bien, cuando el sujeto activo tenga la facultad de ordenar actos de disposición sobre quienes tengan la administración material de los bienes o recursos públicos; en ambos casos, es necesario evitar deberes fuera de la función original de la asignación o cargo. De no presentarse lo anterior, no estaremos en presencia del tipo penal de peculado, pues se trata de un tipo especial que requiere no solo la calidad del sujeto activo, sino también, y en aquellos casos en que se trate de particulares, que exista una relación funcional y de disponibilidad entre el autor y el objeto material.

El Código Penal español es más expreso en su artículo 432, al tipificar la malversación cuando señala:

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.¹⁵

Aquí la apropiación se materializa no solo en razón de sus funciones, sino también con *ocasión de las mismas*; dicha asignación se da, como ya se mencionó, dentro de la ley o acto administrativo, por lo que es importante mencionar la prevalencia del principio de legalidad, en el cual es necesario que las funciones o aquellas tareas que han sido encomendadas deriven de un acto jurídico formal. Lo esencial es identificar que esa “ocasión” derive de la función principal encomendada, de manera que permita su identificación dentro de la administración.

Salinas Siccha señala que tanto en el peculado doloso como en el culposo, solo será autor aquel servidor público que reúna las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien, por el cargo que desarrolla en la administración pública, tiene de forma directa o funcional “los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro”, sin que ello implique una disposición coyuntural y ocasional por el cargo.¹⁶

¹³ *Ibidem*, p. 22

¹⁴ *Ibidem*, p. 21

¹⁵ Código Penal, ley orgánica 10/1995, *Boletín Estatal del Estado*, España, 24 de mayo de 1996, art. 432.

¹⁶ Según el tipo penal del Código Penal de Perú,

2.1 El grado de participación delictiva en el delito de peculado

El tema de la relación funcional y la disponibilidad jurídica tienen relación con las teorías de la participación y la autoría. Si bien, como se mencionó en el apartado anterior, el reconocimiento y diferenciación de los conceptos anteriores permiten acreditar la conducta típica, una vez acreditada es necesario fijar el grado de participación con base en esa relación funcional que prevalece entre el sujeto activo y el objeto material, pues solo podrá ser autor del delito de peculado aquel servidor público o particular que tenga por mandato de ley o por acto administrativo la custodia, depósito, posesión o uso de bienes del Estado; de no ser así, el servidor público no podrá ser sancionado por peculado; “se trata de un deber que surge de una competencia funcional. Si el sujeto no es el titular de dicha esfera, solo puede haber hurto”.¹⁷

Por lo tanto, solo podrán ser sujetos activos los que administren, custodien o tengan en depósito los fondos y bienes públicos; así, para determinar el grado de participación delictiva es necesario distinguir entre autor y partícipes. De acuerdo con el artículo 13 del CPF son autores y partícipes:

- I. Los que acuerden o preparen su realización.
- II. Los que los realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y
- VIII. Los que, sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Cabe mencionar que cada uno responde en la medida de su propia culpabilidad. Los autores directos, de acuerdo con la fracción II, son aquellos que dominan el hecho, es decir, quienes realizan por sí la conducta típica. De acuerdo con Díaz Aranda, es autor quien “actúa con *animus auctoris* y quiere el hecho como propio”, quien posee el sí y el cómo se ha de realizar el hecho. La fracción III alude a la coautoría, que le corresponde a aquellos que llevan en conjunto la preparación y consumación del ilícito; aquí es necesario diferenciar la calidad de cómplice descrita en la fracción VII, ya que la tesis del Tribunal Colegiado de Circuito sostiene que la calidad de coautor y cómplice no pueden concurrir en la misma persona porque “cómplice es quien coopera o auxilia de manera dolosa, a otro u otros para que lleven a cabo la conducta delictiva”¹⁸ y reitera que el mismo sujeto activo no puede prestar ayuda y cometer el delito; tal supuesto es inadmisibles. En realidad, es ilógico que quien quiera cometer el delito auxilie en su comisión; se trata de categorías

citado en Ramiro Salinas Siccha, *Delitos contra la administración pública*, 2da. ed., Lima: Iustitia, 2011, p. 417.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Tesis aislada: XVII.30.12 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XVII, mayo de 2003, p. 1245.

distintas dada la intencionalidad con la que se realiza. Cabe mencionar que la complicidad no es una forma de autoría, sino de participación, y se sanciona como tal.

En la coautoría existe el codominio funcional del hecho, para su acreditación es menester la existencia del acuerdo previo, de lo cual se infiere la posibilidad de sancionar a todos por igual, independientemente de su aportación al proceso causal; como forma de participación, los coautores intervienen en la realización del delito de diversa manera, con el objetivo de materializarlo, esto es, cada uno posee un rol particular en la etapa de preparación o ejecución.

La fracción IV del CPF nos habla de la autoría mediata, que se atribuye a quien comete el delito sirviéndose de otro, es decir, se refiere a la instrumentalización de la persona para cometer el delito. Esta puede conducir al error de tipo, pero ello no exime de la sanción al autor mediato, pues es quien domina la realización del delito. En este tipo de autoría predomina el dominio de la voluntad del que actúa; en este tenor, nuestro máximo tribunal ha indicado que el instrumento puede actuar de forma atípica, sin antijuridicidad o sin culpabilidad.¹⁹

¹⁹ De acuerdo con la tesis emitida, la atipicidad en la autoría mediata puede recaer en el tipo objetivo si existe engaño o violencia por parte del “sujeto de atrás”, pero también en el subjetivo si recae en la ausencia de dolo o culpa; mientras que se presenta a nivel de antijuridicidad cuando el *instrumento* actúa “amparado en alguna causa de justificación o de acuerdo con el derecho, pero es utilizado ilegal y fraudulentamente por el sujeto de atrás”; finalmente, puede obrar sin culpabilidad el instrumento cuando se trate de un

En cuanto a las formas de participación en la ejecución del delito, destacan la complicidad y la inducción. Como se describió anteriormente, la complicidad implica el auxilio al delincuente en la comisión de un delito, mientras que, en la inducción (fracción V), el sujeto hace surgir en otra persona la idea de cometer un delito, pero es esta la que domina y decide su realización. Para Díaz Aranda, el inductor merece sanción cuando “haya hecho nacer en otro” la resolución de cometer el delito,²⁰ por lo que se trata de un actuar doloso por parte de ambos sujetos, tanto de aquel que insta a otro a cometerlo como de quien lo materializa. En cuanto a la fracción VI, nos indica el autor que el auxilio o préstamo de ayuda para la comisión de un delito no solo abarca un “hacer material, sino también un respaldo psíquico”, lo cual contribuye a fortificar la decisión ya tomada por el autor.²¹

Cuando se trata de complicidad correspondiente, prevista en la fracción VIII, se prevé la intervención de diversos sujetos sin acuerdo previo en la ejecución del delito, por lo

sujeto inimputable o se actúe en un error de prohibición, estado de necesidad o miedo insuperable. Tesis aislada: XXVII.30.27 P (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo III, noviembre de 2017, p. 1941. Registro digital: 2015498.

²⁰ Enrique Díaz Aranda, “Autoría y participación en el derecho penal mexicano”, en Sergio García Ramírez (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, tomo I, 2016, p. 514. http://biblioteca.juridicas.unam.mx:8991/F/?func=direct&doc_number=1872946

²¹ *Op. cit.*, p. 520.

cual no es posible identificar el grado de participación de cada uno.

La importancia de fijar los grados de participación y autoría se hace notoria en la cuantía de la pena, ya que se realiza un juicio de reproche en la medida de la propia culpabilidad; el CPF establece la punibilidad con base en el artículo 64 bis, o bien, de acuerdo con la pena prevista para el delito cometido.

Ahora bien, el grado de participación en el delito de peculado tiene características singulares, ya que se trata de un tipo penal especial que posee elementos subjetivos específicos necesarios para acreditar la culpabilidad y determinar el grado de participación delictiva. En este contexto, la tipificación del delito de peculado necesita que se cumpla con la calidad específica requerida, es decir, ser servidor público, de acuerdo con lo indicado en las fracciones I y II del artículo 223 del CPF; mientras que en las fracciones III y IV se prevé que podrá ser autor cualquier persona física que: *a)* solicite o acepte promociones o denigraciones con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de un superior jerárquico o de un tercero, siempre y cuando se reciban fondos públicos o beneficios derivados de estos; o bien, *b)* cualquiera que, sin ser servidor público, tenga la custodia o legal administración de recursos públicos y les dé una aplicación distinta o distracción a la que es su destino.²²

En el primer supuesto, se trata de prevenir el mal uso de recursos en tiempos electorales y, con ello, minimizar el impacto de actos de corrupción en la financiación de partidos políticos o campañas electorales; en el segundo supuesto, se trata de aquellas personas que, aunque no son servidoras públi-

cas, tienen la legal administración de los fondos o fideicomisos públicos. Esto es común en la administración pública cuando se trata de personal contratado bajo el régimen de honorarios, ya que este comprende a aquellas personas físicas que prestan un servicio profesional de manera independiente y no son asalariados de empresas, dependencias de gobierno o personas físicas en general. Dicha situación laboral implica, para la acreditación del tipo, la relación funcional entre el bien y el autor del delito, es decir, la administración, tenencia, custodia o disposición de los bienes del Estado.

Es importante mencionar que en la “disposición” se tiene la facultad de transferir el dominio de los bienes a terceras personas, sin embargo, se encuentra sujeta a un mandato legal, un procedimiento o una asignación presupuestal. Por ejemplo, en México la transferencia de recursos se establece mediante acuerdos de ministración de fondos o partidas presupuestales, los cuales están sujetos a leyes, reglamentos fiscales, financieros o presupuesto de egresos.

Así, para poder determinar el grado de autoría o participación en el delito de peculado, es necesario que exista la relación funcional y la disponibilidad sobre el objeto material, ya que los bienes o recursos deben encontrarse a cargo del sujeto activo en razón de su cargo o con ocasión de sus funciones, cuando se trate de una delegación mediante acto administrativo por autoridad competente. En este contexto, solo podrá ser autor del delito de peculado el servidor público que tenga una función directa sobre el objeto material, o bien, quien mediante un acto de delegación tenga la custodia, administración o aplicación de los recursos públicos o bienes del Estado. Por lo tanto, las personas que colaboren con aquel y que no tengan una relación fun-

²² CPF, *op. cit.*, art. 223.

cional respecto de los recursos o bienes del Estado deben ser consideradas únicamente como partícipes, ya que no tienen el dominio funcional del hecho para ser autoras.

Para fijar el grado de responsabilidad en los partícipes de peculado es necesario acreditar los elementos del tipo, determinar el dominio y codominio del hecho y el acuerdo previo o la instrumentalización del sujeto en la autoría mediata; estas circunstancias se valoran de forma posterior a la corroboración de la calidad del servidor público y de la relación funcional entre este y el bien del Estado.

Veamos un ejemplo: en el año 2022, la Fiscalía en Ecuador procesó a tres presuntos responsables de supuestas irregularidades en la contratación de un servicio de mantenimiento para equipos electrónicos de un hospital por un monto de 544 310.90 dólares. Dentro de las irregularidades se detectó que el contratista no presentó la documentación que avale su experiencia para los trabajos requeridos; además, recibió un anticipo con la prestación de servicios varios meses después; y tampoco existen facturas de entrega-recepción, contratos ni certificados de capacitación.

En este supuesto hay varios intervinientes que no realizaron adecuadamente el proceso de contratación, todos con el carácter de servidor público, por lo que existe una relación funcional entre el sujeto activo y el bien jurídico protegido. Respecto del contratista, no existe una responsabilidad sobre la administración o custodia de los recursos públicos, sin embargo, emana un deber funcional porque se encuentra obligado a cumplir con sus obligaciones contractuales y actuar conforme a derecho durante el procedimiento de adjudicación, contratación y ejecución de las adquisiciones. Este deber por parte del contratista incluye no cobrar sino hasta satisfacer las condiciones previstas para las cuales fue contratado.

En este caso, todos los servidores públicos que participan cometen el uso ilícito de atribuciones y facultades, puesto que han contratado adquisiciones de forma ilegal; pero, a su vez, el servidor público que tiene asignada la función de supervisión, control y vigilancia sobre el pago del trabajo, debe custodiar los recursos públicos que serán pagados al contratista una vez que cumpla con el objeto del contrato. Por ende, la imputación por peculado subsiste en el momento en que el supervisor apruebe las actas administrativas mediante las cuales se da por recibida y entregada la adquisición, así como los finiquitos de estas, mediante un informe falso que sostiene que el contratista concluyó el servicio y que se presenta ante la tesorería para el cobro del servicio por cierta cantidad pactada previamente en el contrato.

Bajo este supuesto, deberá acreditarse el acuerdo previo; en el caso de la coautoría entre el supervisor y el contratista, con el fin de presentar la documentación correspondiente al pago por las adquisiciones no entregadas ni localizadas, y se manifiesta el codominio funcional del hecho por medio de sus aportes en la ejecución del delito.

En este ejemplo, las autorizaciones correspondientes por parte del tesorero y, en su caso, del director responsable, quedan al margen de la imputación, pues, a pesar de tener la disposición de los recursos, carecen del conocimiento de que las adquisiciones no fueron entregadas y del elemento subjetivo para configurar el peculado, salvo que exista una prueba de lo contrario.

Si se plantea desde la autoría mediata, tanto el tesorero como el director se configuran como instrumentos por parte del contratista y supervisor; sin embargo, ello no excluye la posibilidad de iniciar una investigación por posibles pagos ilegales (artículo 217, fracc. III), si dentro de sus atribuciones

tienen el deber de revisar el cumplimiento de los trabajos realizados por los contratistas. En cualquiera de los casos, las pruebas recabadas en etapa de investigación deben aportar los elementos suficientes para una imputación formal, por ejemplo, videos, fotografías, declaraciones y confesiones o documentos que acrediten que no existió una diligencia debida pese a que hubo indicios del incumplimiento por parte del contratista o la falta de supervisión, además de la existencia de la disponibilidad sobre los recursos públicos y del documento que corrobore el pago ilegal.

Ahora bien, en el supuesto hipotético de que tanto el director como el tesorero hubieran tenido conocimiento del supuesto de hecho y realizaran las autorizaciones correspondientes con conocimiento, todos serán responsables por peculado, salvo que instruyan a un tercero externo para la autorización de los pagos, lo cual implica dos criterios de imputación para el instrumento que lleva a cabo la ejecución material, ya que puede actuar bajo un error de tipo. Empero, el instrumento debe tener asignada esa disponibilidad sobre los recursos desde un acto administrativo o por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, pues al ser un delito especial, necesariamente se requiere una obligación legal sobre la custodia, administración y aplicación de los recursos públicos, porque dentro de la administración pública se tienen funciones específicas para cada cargo o comisión.

En realidad, establecer el grado de participación en los delitos especiales, al igual que en el resto de los delitos, implica la acreditación del elemento subjetivo y de los elementos especiales requeridos por el injusto penal, así como el aporte realizado por cada uno de los autores en el curso causal; en todos los casos, implica la aportación de evidencias que lleven a delimitar el aporte causal de cada uno de los presuntos en la ejecución del delito.

Lo anterior se reflejará en la sanción por imponer, ya que, de acuerdo con el artículo 13 del CPF en correlación con el artículo 64 bis, a los partícipes contemplados en las fracciones VI, VII y VIII (cómplices, cooperadores, auxiliadores, complicidad correspectiva), se les impondrán las tres cuartas partes de las penas previstas del delito de que se trate, mientras que a las diversas formas de autoría se les aplica la sanción prevista en el injusto penal.

3. La auditoría forense como herramienta para la detección e investigación de peculado

La acreditación del delito de peculado en el sector público requiere de evidencias fehacientes que permitan emitir un juicio de reproche sin que exista duda razonable de la culpabilidad de los sujetos; en ese sentido, el material probatorio recabado puede provenir principalmente de investigaciones internas, denuncias de hechos, así como de auditorías internas. Dada la naturaleza económica del delito, las auditorías forenses configuran una herramienta de utilidad derivada de las técnicas contables y legales que se usan para allegarse de la información; por lo tanto, el material obtenido durante la realización de la auditoría constituye un indicio que puede convertirse en prueba dentro del proceso penal.

En la fiscalización superior, la revisión y verificación del buen uso del patrimonio público, su aplicación en programas y fondos conforme a la norma, las realizan las entidades de fiscalización superior (EFS) mediante diversos tipos de auditorías que se planean de acuerdo con su objetivo y alcance. Dentro de estas se encuentran las auditorías forenses, las cuales conforman una herramienta útil en la prevención e identificación de actos irre-

gulares de fraude y corrupción; en palabras de Buchahin, determinan “con precisión si existen elementos de prueba, que permitan establecer la responsabilidad de servidores públicos y terceros en la comisión de actos irregulares y conductas delictivas”.²³ La auditoría forense, es:

Una auditoría especializada en descubrir, divulgar y atestar sobre fraudes y delitos en el desarrollo de las funciones públicas y privadas; algunos tipos de fraude en la administración pública son: conflicto de intereses, nepotismo, gratificaciones, estados falsificados o maquillados, omisiones, favoritismo, reclamaciones fraudulentas, falsificaciones, comisiones clandestinas, malversación de fondos, conspiración, prevaricato, peculado, cohecho, soborno, sustitución, desfalco, personificación, estafa, extorsión, lavado de dinero, etc.²⁴

Este tipo de auditoría puede realizarse tanto en el ámbito privado como en el público, ya que su finalidad es la revisión de procesos y hechos que puedan implicar algún acto ilícito. Con la información obtenida durante el desarrollo de los procedimientos se gene-

ran evidencias válidas que pueden servir de indicio para una investigación criminal.

Al interior de la administración pública, la auditoría se utiliza para “indagar, modo, tiempo, lugar y circunstancia del hecho, asimismo demostrar quién lo llevó a cabo dolosa o negligentemente causando un daño o perjuicio patrimonial”.²⁵ En lo particular, consideramos que el elemento subjetivo no se acredita durante el desarrollo de una auditoría forense, más bien, se generan los indicios que, adminiculados a otros, permiten presumir un elemento volitivo y, con ello, la tipicidad. Algunos actos que podrían documentarse para probar la voluntad son: declaraciones fiscales o patrimoniales mal realizadas o falsas; llevar doble contabilidad; cuentas bancarias con nombres ficticios o prestanombres; facturas falsas; maquillar estados financieros; destruir registros contables; sobornar gente; evasión fiscal, etcétera.

De tal forma, los procedimientos de auditoría se establecen con el fin de obtener indicios necesarios para soportar los hechos ante las autoridades correspondientes; así, Buchahin añade que el alcance de la auditoría forense no solo permite la identificación de hechos constitutivos de delito, sino también de acciones legales contra los presuntos responsables.²⁶

Las fases de la auditoría forense gubernamental son: a) la planeación, b) identificación del problema, c) elaboración y desarrollo del programa, d) evaluación de evidencias e integración de expedientes. Las etapas de desarrollo y evaluación permitirán identificar y obtener evidencias relevantes para estable-

²³ Muna Dora Buchahin Abulhosn, “Auditoría forense”, *Revista Técnica sobre Rendición de Cuentas y Fiscalización Superior*, año 2, núm. 3, Auditoría Superior de la Federación, agosto, 2012, p. 49. https://www.asf.gob.mx/uploads/250_Revista_Tecnica/Revista_Tecnica_3.pdf

²⁴ Donaliza Cano C. y Danilo Lugo C., *Auditoría forense en la investigación de delitos económicos y financieros, lavado de dinero y activos, financiación del terrorismo*, 3a. ed., Bogotá: Ecoe Ediciones, 2009, p. 31.

²⁵ Muna Dora Buchahin Abulhosn, *Auditoría forense. Delitos contra la administración Pública*, Madrid: Bosh, 2015, p. 100.

²⁶ *Ibidem*, p. 52.

cer un indicio a nivel jurisdiccional penal, ya que las EFS carecen de atribuciones para determinar la existencia de un delito. Por ende, es necesario que durante el desarrollo de la auditoría se obtenga evidencia suficiente, competente y relevante que permita no solo fortalecer un hallazgo de auditoría, sino también un indicio en materia penal.

Se trata, entonces, de dos procedimientos distintos, uno administrativo, cuya evidencia se fundamenta en la emisión de una acción, consecuencia del procedimiento de fiscalización, en términos del artículo 79, fracciones II, párrafo tercero, y IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 49 de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación; y el segundo, penal, solo si se han obtenido indicios para un proceso de este tipo, ya que dentro de la etapa de investigación inicial el fiscal los recabará, junto con evidencias que permitan formular la acusación. Finalizada esta, en la etapa intermedia se establecerán los medios de prueba que serán desahogados y controvertidos como pruebas en el juicio oral.

De acuerdo con Páliz, “la evidencia de auditoría comprende tanto la información que sustenta y corrobora las afirmaciones de la dirección, como cualquier información que contradiga dichas informaciones”;²⁷ por ejemplo, documentos financieros, contables, presupuestales y técnicos; fotografías, huellas dactilares, pruebas de caligrafía, videgrabaciones o audio grabaciones, verifi-

caciones de voz, rastreo de información en la memoria, archivos en computadoras, así como la recuperación de datos borrados del disco duro en las computadoras. Todas deben ser obtenidas conforme a la ley, a fin de no violar derechos fundamentales y evitar que se objeten por ser ilícitas. Aunado a ello, es necesario que las evidencias recabadas tengan una pertinencia adecuada y demostrativa del hecho delictivo y hagan presumible la culpabilidad del posible responsable.

Para recabar evidencia dentro de una auditoría forense, se utilizan diferentes técnicas de investigación; por ejemplo:

Técnica de investigación	Se aplica mediante
Verificación ocular: Se verifica la existencia de algo con la vista.	Observación, revisión selectiva, rastreo y comparación.
Verificación verbal: Realizada mediante entrevistas.	Interrogatorio e indagación.
Verificación escrita: Su finalidad es corroborar datos.	Confirmación, análisis o conciliación de cuentas y transacciones.
Verificación documental: Enfocada en la revisión de información contable, lineamientos, políticas o procedimientos que emanan de documentos físicos.	Revisión, análisis y cotejo de documentos mediante la comprobación o contraste con otros.
Verificación física: Comprobar la existencia física de un bien, activo fijo o documentos contables.	Inspección.

²⁷ Edison Paul Páliz Torres e Inés Narváez Cano, “La auditoría forense y los exámenes especiales con presuntos delitos de peculado en una contratación pública”, *Revista de Contabilidad y Auditoría*, p. 10. <http://fade.esPOCH.edu.ec/docs/contauditar/Articulo1.pdf>

Técnica de investigación	Se aplica mediante
Asistidas mediante computadoras: Análisis de data, variables o mega datos para corroborar su comportamiento.	Técnicas relacionadas con programas de cómputo, sistemas de comunicación electrónica, redes e inteligencia artificial.

De la aplicación de las anteriores técnicas podrá obtenerse evidencia física, la cual puede ser documentada mediante fotografías, gráficos, mapas o dibujos; por ejemplo, de una obra o bien mueble. Mientras que la evidencia documental se soporta mediante contratos, registros, actas, facturas e información contable o técnica que obre en documentos públicos o privados. Tratándose de las evidencias testimoniales, es menester obtener las declaraciones de forma voluntaria y sin coerción a fin de evitar su ilicitud; se requiere de experiencia para saber usar preguntas abiertas o cerradas, evitar en la medida de lo posible preguntas sugestivas, hostilidad por parte de los auditores u obvedad en sus cuestionamientos. También quedan prohibidas preguntas que pretendan confundir a los auditados para inducirles al error; así como aquellas que no se relacionan con el objetivo de la auditoría.

Finalmente, de la evidencia analítica es posible soportar cálculos, comprobaciones, trazabilidad entre cuentas y comparaciones entre información contable, financiera o presupuestal que puede ligarse con otros medios de prueba para acreditar conductas ilícitas de servidores públicos realizadas en la captación, ejercicio y aplicación de recursos públicos; de ahí que las técnicas forenses para obtener evidencia sean realizadas con estricta legalidad. De acuerdo con Buchahin: “lo importante en el proceso de investigación de las auditorías forenses es llegar a determinar con precisión si existen elementos de prueba

que determinen la responsabilidad de servidores públicos y terceros”.²⁸

De esta manera, la aplicación de técnicas de auditoría quedan supeditadas a la pericia, experiencia y conocimiento del auditor, quien puede encontrar hallazgos tales como: la subcontratación de empresas, representantes legales en común, la no materialización de servicios, la no localización de domicilios fiscales, la falsedad en el cumplimiento de obligaciones fiscales, la documentación presumiblemente alterada, los beneficiarios no localizados u obras sin concluir u operar; así como la vinculación entre beneficiarios y proveedores, simulación de servicios, la aplicación de recursos para fines distintos a los autorizados, los conflictos de interés entre servidores públicos y proveedores, la documentación financiera o contable alterada, modificada o falsa, deficiencias en procedimientos de contratación pública, autorizaciones de pagos sin soporte documental, uso indebido de funciones y sistemas tecnológicos inoperantes o inexistentes, por mencionar algunos.

Los hallazgos y las irregularidades encontradas durante la auditoría serán plasmadas en el informe de auditoría (IA), documento técnico mediante el cual se presentan los datos e información que identifican una revisión, los procedimientos de auditoría aplicados, los resultados, las acciones y el dictamen. Este informe se configura como un documento con valor legal dentro de un juicio, por lo que su redacción debe ser clara, precisa, veraz y concisa; por ende, las conclusiones del informe deben:

²⁸ Buchahin Abulhosn, *op. cit.*, p. 55.

1. Especificar la evidencia recopilada de los hechos pertinentes y las presunciones usadas.
2. Explicar los factores importantes considerados para formular las conclusiones.
3. Incluir las labores pertinentes, los horarios, el informe del documento y otra información útil.
4. Comunicar los resultados de trabajo por parte del auditor forense y/o la opinión de los problemas sometidos.²⁹

Para nosotros, la esencia de un IA radica en la redacción de sus resultados, ya que es donde se plasman los hallazgos derivados de la aplicación de los procedimientos de auditoría, de estos emanan las irregularidades que conformarán las acciones en términos de los ordenamientos jurídicos aplicables y los cuales sustentan el dictamen. Es recomendable que los resultados se describan de forma cronológica, que expresen los indicios presumibles de conductas ilícitas, que impliquen imprudencia o falta de diligencia por parte del ente fiscalizado, y que se fundamenten en disposiciones legales que se adecuen a la conducta o hecho infringido.

Un punto toral es la inclusión de una narrativa analítica que incluya los cálculos y las comparaciones que hagan presumible un fraude o desvío de recursos y que manifiesten la falsedad de los estados financieros presentados por la entidad. Esta narrativa también

queda supeditada a la *expertise* del auditor forense, ya que la vinculación de los resultados dará forma al dictamen, que no es más que la opinión profesional del auditor respecto a la muestra auditada, con base en los resultados obtenidos y en la evidencia suficiente, competente y pertinente;³⁰ en esta opinión se establecen la cuantía de los daños y perjuicios a la hacienda pública, así como las irregularidades administrativas que puedan existir.

La importancia del IA y la integración de los papeles de trabajo de forma adecuada para el proceso penal, radica en que las pruebas obtenidas en el transcurso de la auditoría sean admisibles y controvertidas en el proceso, porque se trata de documentos con valor legal mediante los que el auditor registra datos e información obtenida durante el proceso de auditoría proporcionada por el sujeto fiscalizado o terceras personas.

En este tenor, es prudente analizar si la realización de auditorías forenses es útil en la acreditación del tipo de peculado y si, mediante la aplicación de técnicas forenses, es plausible formalizar y potenciar los informes periciales y actos de investigación previos a la admisión de pruebas. Consideramos que sí, ya que se trata de herramientas enfocadas en la investigación criminal. En este supuesto nos dedicaremos exclusivamente al entendimiento de esta herramienta desde la noticia criminal generada por las EFS, es de-

²⁹ Dewis Álvarez Pincay y Sandra Tóala-Bozada *et al.*, “La auditoría forense aplicada a la investigación penal”, *Revista Científica Dominio de las Ciencias*, núm. 1, vol. 5, enero, 2019, p. 709, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6989251>

³⁰ Dentro de auditoría hablamos de evidencia suficiente cuando es completa para sustentar el hallazgo de auditoría; competente porque esta debe ser válida, confiable y consistente en los hechos y pertinente cuando se trata de un hallazgo que guarda relación lógica y patente con el hecho encontrado.

cir, cuando la auditoría arroja indicios de actos corruptos que encuadran en la hipótesis normativa del artículo 223 CPF, porque:

1. Se tiene información consolidada sobre conductas presuntamente ilícitas,
2. Durante el desarrollo de la auditoría, se implementaron técnicas y herramientas forenses que permiten presumir la legalidad de las actuaciones y de las evidencias obtenidas.
3. Las evidencias obtenidas en el desarrollo de las auditorías aportan futuros elementos de prueba que fundamentan y motivan el injusto penal.

Lo anterior permite a la policía de investigación y al fiscal:

- a. Desarrollar entrevistas a los auditores para que profundicen la acreditación del delito, mediante técnicas de interrogatorio.
- b. La realización de pruebas periciales y su respectivo dictamen pericial contiene un análisis y explicación de las pruebas obtenidas por el auditor, por lo que su presentación en juicio oral y el interrogatorio al perito experto permitirá tener más elementos para acreditar o no la ilicitud de la conducta aducida.
- c. Implementar una mesa de trabajo a fin de determinar el contenido suficiente para la acreditación del delito y técnicas de investigación respecto a los presuntos responsables.

Todas estas herramientas permitirán consolidar la tipicidad de la conducta, pero de ninguna manera la EFS podrá calificarla, sino únicamente realizar la denuncia, puesto que el encargado de tal calificación es el órgano judicial; sin embargo, cabe aclarar que el tipo

penal de peculado no requiere la procedibilidad de la existencia de una auditoría previa, puesto que se trata de un delito de oficio y cualquier persona que tenga conocimiento del hecho puede informarlo a la Fiscalía.

Empero, las EFS, como parte ofendida en el proceso penal, se convierten en una parte activa al coadyuvar con la Fiscalía para demostrar la veracidad de los hechos y la existencia de las conductas típicas. De tal manera, como autoridades investigadoras, requieren establecer la vinculación de diversos elementos probatorios para que sean suficientes y pertinentes en la determinación del injusto penal, además de los elementos objetivos y subjetivos solicitados por la norma. Por lo tanto, los papeles de trabajo deben mostrar “las informaciones y hechos concretos, el alcance del trabajo efectuado, las fuentes de información obtenida y las conclusiones a que llegó”;³¹ todo basado en normas de auditoría, para que los argumentos sean admisibles ante las autoridades competentes.

4. Reflexiones finales

Para la judicialización por peculado en la administración pública se requiere de colaboración institucional, a fin de facilitar mecanismos de asistencia formalizados, mediante los cuales la Fiscalía obtenga pruebas lícitas y no dependa de los datos de prueba que, en su caso, presente la defensa en la etapa procesal oportuna. Para ello, es necesario que las auditorías gubernamentales que se realicen contemplen en sus procedimientos técnicas de auditorías forenses, cuyo objetivo no solo

³¹ Donaliza Cano C. y Danilo Lugo C., *op. cit.*, p. 364.

es la detección de fraude o lavado de activos, sino de cualquier acto de corrupción, lo que incluye el tipo penal de peculado.

Aunado a ello, los auditores cumplen un rol importante en el desarrollo de la etapa intermedia y de juicio oral, ya que no solo fungen como testigos expertos y peritos, sino que también colaboran la mayor parte del tiempo con la Fiscalía en diligencias de investigación posteriores a la judicialización del delito. Esto requiere de un protocolo de actuación que permita determinar la reparación del daño mediante la verificación de la dependencia afectada; entrevistas sobre el destino de los recursos; investigación sobre las disposiciones legales aplicables en la gestión, administración y destino de los recursos; determinación y realización de dictámenes periciales con el objetivo de comprobar y acreditar un daño o perjuicio a la hacienda pública o, en su defecto, a la población objetivo del fondo.

El peculado, como manifestación de un acto corrupto público, se presenta en perjuicio de una institución; para su configuración se requiere que la Fiscalía acredite la relación funcional y de disponibilidad entre el autor y el objeto material cuando se trate de peculado entre particulares; también, la calidad requerida por el tipo de servidor público y demás elementos del tipo solicitados por el artículo 223 del CPF. Solo puede ser autor del delito de peculado el servidor público con funciones directas sobre el objeto material o quien, por un acto administrativo, tenga la custodia, administración o aplicación de los recursos o bienes del Estado. Finalmente, el juicio de reproche queda supeditado a los roles que desempeñen las partes y lo que obre en la carpeta de investigación.

Mediante este análisis se concluye que la implementación de técnicas forenses en las auditorías puede evidenciar actos de corrup-

ción y fraudes financieros, así como que pueden utilizarse en diligencias de investigación a petición de la Fiscalía, ya que el informe pericial será valorado en juicio oral, y la participación del perito auditor, como opinión experta, puede ser rendida y controvertida de acuerdo con los hechos sometidos a su análisis, la metodología utilizada, las técnicas y herramientas empleadas y sus conclusiones con base en su experiencia y conocimientos.

Finalmente, los IA, como medio de prueba en el proceso penal, configuran un elemento mediante el cual se plasman presuntas irregularidades en la gestión y administración presupuestal y financiera de los recursos públicos; sin embargo, estos no son vinculantes para los órganos judiciales, y pueden controvertirse en el juicio los hechos que en él se contengan mediante otros medios de prueba idóneos para ello. La información obtenida de los papeles de trabajo de auditoría que materialicen la conducta típica o su trazabilidad financiera siguen esta misma suerte y, en el supuesto de que la Fiscalía pretenda imputar más responsabilidades de las previstas en el IA, deberá demostrarlas, debido a la carga de la prueba.

Por tanto, es recomendable que durante la investigación de un delito financiero se usen técnicas de auditoría que permitan dilucidar la doble contabilidad; los estados financieros fraudulentos; las declaraciones fiscales o patrimoniales erróneas o falsas; la omisión de registros contables; facturas falsas; simulación contable; manipulación de contratos, actas entrega, finiquitos; manipulación de edad de bienes u obras; empresas fantasmas, y la utilización de cuentas bancarias de terceros, por mencionar algunos, a fin de que exista una adecuada trazabilidad financiera y soporte las pruebas en un proceso penal.

5. Referencias

- ABELLO GUAL, Jorge, “La autoría y participación en el delito de peculado”, *Revista de Derecho Público*, núm. 35, Universidad de los Andes, julio-diciembre, 2015. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5589620>
- ÁLVAREZ PINCAY, Dewis, Sandra TÓALA BOZADA, Zoila DELGADO GUTIERREZ, José F. PEÑAFIEL LOOR, Adela de Jesús LUCIO PILLASAGUA y Mercy MOREIRA CAÑARTE, “La auditoría forense aplicada a la investigación penal”, *Revista Científica Dominio de las Ciencias*, núm. 1, vol. 5, enero, 2019, pp. 695-712. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6989251>
- BUCHAHIN ABULHOSN, Muna Dora, *Auditoría forense. Delitos contra la administración Pública*, Madrid: Bosh, 2015.
- BUCHAHIN ABULHOSN, Muna Dora, “Auditoría Forense”, *Revista Técnica sobre Rendición de Cuentas y Fiscalización Superior*, año 2, número 3, Auditoría Superior de la Federación, agosto, 2012. https://www.asf.gob.mx/uploads/250_Revista_Tecnica/Revista_Tecnica_3.pdf
- CANO C., Donaliza y Danilo LUGO C., *Auditoría forense en la investigación de delitos económicos y financieros, lavado de dinero y activos, financiación del terrorismo*, 3a. ed., Bogotá: Ecoe, 2009.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “La necesidad de sancionar el peculado en todas sus manifestaciones”, *Revista Penal México*, núm. 20, vol. 11, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Universidad de Huelva, enero-junio, 2022. <https://revistacienciasinacipe.fgr.org.mx/index.php/01/article/view/525>
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, “Autoría y participación en el derecho penal mexicano”, en Sergio García Ramírez (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016, pp. 493-537. http://biblioteca.juridicas.unam.mx:8991/F/?func=direct&doc_number=1872946
- PÁLIZ TORRES, Edison Paul e Inés NARVÁEZ CANO, “La auditoría forense y los exámenes especiales con presuntos delitos de peculado en una contratación pública”, *Revista de Contabilidad y Auditoría*. <http://fade.esPOCH.edu.ec/docs/contauditar/Articulo1.pdf>
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, 2da. ed., Lima: Iustitia, 2011.
- Tesis aislada: I.40.A.19 A (11a.), Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, undécima época, tomo V, julio de 2022, p. 4685. Registro digital: 2025013.
- Tesis aislada: XVII.30.12 P, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo XVII, mayo de 2003, p. 1245. Registro digital: 184299.
- Tesis aislada: XXVII.30.27 P (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo III, noviembre de 2017, p. 1941. Registro digital: 2015498.
- Tesis Jurisprudencial: I.7º.P.88.P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo IV, agosto de 2017, p. 2832. Registro digital: 2014890.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “Delitos contra la administración pública”, en Juan Manuel Lacruz López y Mariano Melindo Pardos (coords.), *Tutela penal de las administraciones públicas*, 2da. ed., Madrid: Dykinson, 2015.

Revista Penal México 27

• julio • diciembre 2025 •

e-ISSN: 3061-7324



Tráfico ilícito de migrantes y crimen organizado: sus implicaciones en los derechos humanos

*Migrant Smuggling and Organized Crime:
Their Implications for Human Rights*

• **Paula Andrea Ramírez Barbosa** •

Maestra en Estudios Políticos y doctora en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca en España. Obtuvo un diploma en Estudios Avanzados en Derecho Penal. Es profesora de las Universidades Católica y Externado de Colombia.

paramirez@ucatolica.edu.co

paula.ramirez@ucatolica.edu.co

Tráfico ilícito de migrantes y crimen organizado:
sus implicaciones en los derechos humanos

Migrant Smuggling and Organized Crime: Their Implications for Human Rights

• Paula Andrea Ramírez Barbosa • Universidad Católica de Colombia •

Fecha de recepción
12-02-2025

Fecha de aceptación
03-03-2025

Resumen

El tráfico ilícito de migrantes y el crimen organizado representan un desafío significativo para la protección de los derechos humanos de los migrantes y para la seguridad de las naciones. Los riesgos, peligros y afectaciones que enfrentan estas personas son múltiples y se materializan en la vulneración de los derechos a la vida, integridad, libertad sexual, autonomía personal y seguridad, entre otros. Lo anterior ha estado acompañado por una respuesta insuficiente a la problemática por parte de los Estados, lo cual precisa un mayor énfasis en el abordaje eficaz de las causas subyacentes de este fenómeno, la prevención, la investigación del delito, la judicialización y la sanción oportuna de los responsables, colaboradores y beneficiarios finales.

Palabras clave

Migrantes, tráfico ilícito, trata de personas, derechos humanos, crimen organizado transnacional.

Abstract

It is evident that the trafficking of migrants, in conjunction with organized crime, poses a substantial challenge to the protection of migrants, human rights and the security of nations. The risks, dangers and effects faced by migrants are manifold and manifest in the infringement of rights including life, integrity, sexual freedom, personal autonomy and security. This has been accompanied by a lack of adequate response from States, which necessitates a greater emphasis in the future on the effective addressing of the underlying causes of this phenomenon, prevention, investigation of the crime, prosecution, and timely punishment of those who are responsible, collaborators and final beneficiaries.

Keywords

Migrants, illicit trafficking, human trafficking, human rights, transnational organized crime.

Sumario

1. Introducción. / 2. Características principales del crimen organizado y el tráfico de migrantes. / 3. Delimitaciones conceptuales. / 4. Principales diferencias y similitudes entre la trata de personas y el tráfico de migrantes. / 5. El tráfico ilegal de migrantes y su impacto en los derechos humanos. / 6. Algunas propuestas para abordar esta problemática a modo de reflexión final. / 7. Referencias.

*“El abuso de los migrantes como actividad criminal es cada vez más importante”. “Con el endurecimiento de los sistemas de control migratorio, los migrantes terminan cayendo directamente en manos de los traficantes y dependen mucho más de ellos”.
Yael Schacher, directora para América y Europa de la organización Refugees International*

*“Cuando salimos del aeropuerto, había un hombre en un automóvil esperándonos. Me senté en el asiento trasero, y el hombre del avión se instaló delante. Me llevaron a una casa en el campo y me dejaron en una habitación vacía. Cerraron la puerta con llave y se fueron. Estuve allí unos 13 días. Mi definición de los ‘traficantes’ es que no son buenas personas; forman parte de una banda que obtiene dinero haciendo cosas ilegales [...]”.
Declaración de una migrante víctima del tráfico ilícito*

conómicas, políticas y culturales que conducen a millones de personas a abandonar sus hogares en búsqueda de mejores oportunidades.

En efecto, el proceso migratorio se convierte en una travesía llena de riesgos y peligros para los migrantes por las peculiaridades que caracterizan el negocio para los traficantes. Así, por ejemplo, puede resaltarse lo dicho por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en 2023, que señaló que más de 8 565 migrantes murieron o desaparecieron en su intento de cruzar fronteras.¹

1. Introducción

En la actualidad, la relación entre el crimen organizado y el tráfico ilegal de migrantes se ha ido fortaleciendo y ampliando a escenarios que tiempo atrás resultaban impensables, por lo que se ha convertido en una expresión de delincuencia compleja, orientada a la obtención de lucro y liderada por grupos criminales organizados. Este fenómeno se nutre de diversas dinámicas socioe-

¹ Organización Internacional de Migraciones (OIM), “Informe de la OIM: una de cada tres muertes de migrantes sucede huyendo de un conflicto”, OIM. ONU Migración, 26 de marzo de 2024. <https://www.iom.int/es/news/informe-de-la-oim-una-de-cada-tres-muertes-de-migrantes-sucede-huyendo-de-un-conflicto>. Según el Portal de Datos sobre Migración: una perspectiva global: “Desde 2014, se han registrado más de 4.000 muertes al año en las rutas migratorias de todo el mundo. Sin embargo, el número de muertes registradas representa solo una estimación mínima, ya que la mayoría de muertes de migrantes en el mundo no se registran. Estos datos no solo ponen de relieve el problema de las muertes de migrantes y las consecuencias

Los peligros que enfrentan los migrantes son múltiples, entre los cuales están las muertes por ahogamiento, los accidentes automovilísticos, el deterioro de la salud y la muerte por condiciones ambientales extremas, las enfermedades por la falta de alimentos y las demás adquiridas durante el recorrido migratorio, las violencias físicas, económicas, de género,² laborales o psíquicas, los fallecimientos accidentales, la trata de personas y las muertes de origen desconocido, entre otros. En este contexto, la falta de oportunidades para una movilidad segura, por diversas causas, lleva a los migrantes a buscar vías alternas para cruzar las fronteras, de manera que enfrenten los riesgos descritos.³

Los movimientos migratorios irregulares tienen diferente origen, entre los cuales sobresalen las crisis humanitarias, económicas, sociales o la falta de seguridad en sus países de origen, las guerras, la búsqueda de oportunidades, por mencionar algunos. Ante este difícil panorama, las personas que no cuentan con los permisos requeridos buscan vías de migración irregulares para llegar al territorio de destino, para lo cual enfrentan muchos obstáculos, entre ellos, la presencia y acción de grupos de delincuencia organizada que lucran y se benefician clandestinamente del tráfico ilegal de personas.⁴

para las familias que se quedan atrás, sino que también pueden utilizarse para evaluar los riesgos de la migración irregular y diseñar políticas y programas para que la migración sea más segura” (“Muertes y desapariciones de migrantes”, *Portal de datos sobre migración*, 30 de noviembre de 2023. <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/muertes-y-desapariciones-de-migrantes> [recuperado el 30 de enero de 2025]).

2 Paula Andrea Ramírez Barbosa, “Migración y género: realidades y perspectivas de futuro”, *Revista Paradigma*, núm. 32, vol. 1, 2023, pp. 2-49. <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/3224> [recuperado el 20 de enero de 2025].

3 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Tráfico ilícito de migrantes*, Austria, 2009, p. 1. https://www.unodc.org/documents/publications/Trafico_ebook.pdf [recuperado el 20 de diciembre de 2024]. En este documento se señala que: “Los migrantes son vulnerables a la explotación, y su vida corre peligro en muchos momentos: miles de migrantes víctimas del tráfico ilícito

han muerto sofocados en contenedores, han perecido en desiertos o se han ahogado en el mar. Los traficantes de migrantes suelen realizar sus actividades con poca o ninguna consideración por la vida de las personas cuyas dificultades han generado la demanda de sus servicios. Los supervivientes han relatado historias desgarradoras de sus terribles experiencias: personas hacinadas en depósitos sin ventanas, forzadas a permanecer sentadas sin moverse en medio de orina, agua de mar, heces o vómitos, privadas de alimentos y de agua, mientras a su alrededor otros mueren y sus cadáveres son tirados por la borda o dejados al lado del camino. El tráfico ilícito de migrantes y las actividades que lo rodean aportan ingentes beneficios a los autores de esos delitos y alimentan la corrupción y la delincuencia organizada. Son un negocio mortífero que debe combatirse con la máxima urgencia”.

4 Roberto S. Araujo, “Causas, consecuencias, efectos e impacto de las migraciones en Latinoamérica”, *Papeles de Población*, núm. 14, vol. 55, 2008, pp. 95-116. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252008000100005&lng=es&tlng=es [recuperado el 5 de febrero de 2025].

Este artículo se enfoca en abordar la relación del tráfico ilícito de migrantes con el crimen organizado, como un fenómeno en ascenso que precisa la adopción de medidas integrales para enfrentar sus causas y consecuencias mediante acciones de diversa naturaleza por parte de los Estados. A su vez, se pretende destacar la manera en que este vínculo afecta los derechos humanos de los migrantes; finalmente se realiza una propuesta de futuro para enfrentar eficazmente la prevención, detección, investigación y sanción de las organizaciones ilegales.⁵

2. Características principales del crimen organizado y el tráfico de migrantes

Los grupos criminales que intervienen en el tráfico ilegal de migrantes tienen como propósito el beneficio económico derivado de la movilidad humana en condiciones de precariedad, vulnerabilidad y, en muchos casos, de explotación. Al vislumbrarse como un negocio criminal para sus autores, el funcionamiento de las organizaciones dedicadas al tráfico ilegal de migrantes presenta diversas características y modos de operación de acuerdo con los lugares donde maniobran.⁶

Así, por ejemplo, cuestiones relacionadas con el costo de los viajes pueden depender de la nacionalidad de los migrantes, la distancia del lugar de origen, el país de destino, los medios de transporte empleados y el uso de documentos apócrifos, entre otros.⁷

En tal virtud, debe recordarse lo previsto en el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que contiene una definición de “grupo delictivo organizado”:

Se trata de un grupo de tres o más personas, organizado o estructurado en forma no aleatoria, aunque no necesariamente jerárquica; su existencia debe ser durable por oposición a instantánea; debe cometer delitos graves, es decir, de aquellos cuya pena sea de al menos cuatro años; debe tener un fin económico lucrativo, aunque puede ser simplemente material como ocurre con los grupos terroristas

5 OIM, *Manual de la OIM, sobre protección y asistencia para personas migrantes vulnerables a la violencia, la explotación y el abuso*, Ginebra, 2021. <https://www.onlinelibrary.iihl.org/wp-content/uploads/2021/12/2021-OIM-Manual-de-la-OIM-sobre-proteccion-y-asistencia-para-personas-migrantes-vulnerables.pdf> [Recuperado el 10 de octubre de 2024].

6 Véase Carolina Sampó y Valeska Troncoso, “El caso del Tren de Aragua: tráfico de mi-

grantes y transnacionalización del crimen organizado”, *Periódico UNAL*, 22 de noviembre de 2024. <https://periodico.unal.edu.co/articulos/el-caso-del-tren-de-aragua-trafico-de-migrantes-y-transnacionalizacion-del-crimen-organizado> [recuperado el 6 de febrero de 2024], dos autoras que estudian el caso de la organización criminal conocida como el Tren de Aragua, “cuya principal fuente de financiación es [...] el tráfico de migrantes y la trata de personas. Además, ha establecido un sistema de franquicias que ha facilitado su financiamiento y desembarco en distintos países, potenciando así su transnacionalización”.

7 UNODC, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Nueva York: Naciones Unidas, 2007. https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf [recuperado el 9 de octubre de 2024].

que financian sus actividades con una gran diversidad de delitos.⁸

La Convención permite que “la penalización” sea una consecuencia de la “conspiración” o de la “participación en un grupo delincuencia organizado” o “ambas”. De igual forma, “la convención, reconoce implícitamente que la delincuencia organizada se alimenta de la protección interna, basada en el secreto, y la protección externa, basada en el trípode de violencia, corrupción y obstrucción a la justicia”.⁹

A partir de estos elementos puede afirmarse que el crimen organizado se lleva a cabo por un grupo de personas que cometen delitos graves, durante un período prolongado, impulsadas por el lucro o el poder, cuyos resultados pueden superar las fronteras de los Estados. La presencia de estos elementos suele caracterizar también a las organizaciones delictivas que se dedican al tráfico de migrantes.

Un caso emblemático en este ámbito es el de la organización criminal el Tren de Aragua, la cual ha logrado su expansión transnacional como consecuencia del tráfico ilegal de migrantes, la trata de personas y el lavado de dinero. Este grupo delincuencia también emplea a los migrantes en el tráfico de drogas. Sampó y Troncoso destacan cómo el Tren de Aragua “utiliza redes sociales y plataformas de mensajería para contactar a sus víctimas, ofreciendo paquetes que incluyen

transporte, alojamiento y alimentación, lo que facilita el movimiento de personas vulnerables”.¹⁰

Las consecuencias nocivas de estas expresiones de criminalidad, cuyo eje es la obtención de beneficios económicos derivados del tráfico ilegal de personas, atentan contra los derechos de los migrantes y la seguridad de las naciones.

El crimen organizado y el tráfico de migrantes ha aumentado a través de los años en diversas zonas del mundo con especial presencia en lugares de importancia transfronteriza. También, se caracteriza por ser un delito que tiene conexión con otros tipos de crímenes como la trata de personas, el secuestro, la violencia sexual y la extorsión, entre otros.¹¹

Sobre este aspecto, Sampó y Troncoso señalan, en relación con el Tren de Aragua, que las víctimas (mayoritariamente mujeres), “son engañadas con promesas de trabajo y posteriormente sometidas a explotación sexual” mediante el uso de la violencia y la coacción. A su vez, resaltan cómo la organización delictiva lucra por medio de la extorsión, que puede “tomar la forma de ‘concesiones’”, entre ellas, la movilidad por sus territorios. Indican que “los fondos recaudados por las extorsiones y la explotación sexual son enviados a los líderes de la organización, mediante bitcoins o transferencias”, lo que materializa el lavado de dinero.¹²

En efecto, y con carácter general, consideramos que la relación existente entre el crimen organizado y el tráfico ilegal de

8 Sandro Calvani, “Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, Bogotá, p. 3. https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgcvlg/legisinternacional/20080920_convencionContraDelicuenciaOrganizadaTransnacional.pdf

9 *Idem.*

10 Carolina Sampó y Valeska Troncoso, *op. cit.*

11 UNODC, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, *op. cit.*

12 Carolina Sampó y Valeska Troncoso, *op. cit.*

migrantes plantea características similares dentro de las que sobresalen las siguientes:

1. Tienen estrategias y alianzas colectivas para realizar sus propósitos delictivos y suelen dividirse de forma organizada la realización de las actividades, asignando mediante una estructura de poder, las responsabilidades individuales de sus miembros y las consecuencias frente a posibles incumplimientos.
2. Este tipo de actividad puede incluir los ofrecimientos y pagos de sobornos a funcionarios públicos, las relaciones delictivas con agencias de viaje, las alianzas o el uso de agencias de cambio de moneda, entre otras. Ello, para que omitan sus responsabilidades o para que colaboren directamente con los propósitos criminales de la organización, por ejemplo, mediante actos de corrupción, abuso de poder, falsedades documentales, entre otros.¹³
3. Los integrantes de los grupos de delincuencia organizada dedicadas al tráfico humano operan en diferentes países para garantizar su presencia en las diversas rutas migratorias y el control de los pasos fronterizos.¹⁴ Aprovechan la clandestinidad para desarrollar sus operaciones transnacionales con diferentes dinámicas de violencia e intimidación según las peculiaridades de los países donde operan.

4. Los perfiles de los traficantes son variados; incluyen desde delincuentes profesionales o expertos en el tráfico ilícito de personas hasta delincuentes ocasionales que prestan sus servicios a este tipo de organizaciones. A su vez, existen traficantes que ejercen actividades comerciales legítimas que se convierten en actores del tráfico ilícito de migrantes mediante roles de transportistas, arrendatarios u hoteleros, con lo que obtienen provecho de estas formas de criminalidad.¹⁵ Los autores llegan a emplear personas jurídicas como agencias de viajes, empresas de transporte, hoteles, entre otros para garantizar sus objetivos criminales.
5. Los integrantes de las organizaciones dedicadas al tráfico de migrantes actúan articuladamente, con división de roles, redes profesionales y miembros transnacionales que despliegan relaciones sólidas y cambiantes en atención a las rutas migratorias, la mayor o menor presencia de las autoridades, las debilidades de los controles fronterizos, las características de los lugares de tránsito y destino, los cambios normativos, los flujos de movilidad humana, entre otros factores. Así, la UNODC ha destacado que:

¹³ R. Castillas, “Las rutas de los centroamericanos por México, un ejercicio de caracterización, actores principales y complejidades”, *Migración y Desarrollo*, núm. 10, 2008, pp. 157-174.

¹⁴ Interpol, “Delincuencia organizada”. <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delincuencia-organizada> [recuperado octubre 22 de 2024].

¹⁵ UNODC, “Tráfico ilícito de migrantes: la dura búsqueda de una vida mejor”, *Delincuencia organizada transnacional: Acabemos con este negocio*. <https://www.unodc.org/toc/es/crimes/migrant-smuggling.html> [recuperado el 14 de enero de 2025].

Los traficantes parecen tener vínculos con funcionarios corruptos de embajadas y consulados que facilitan la falsificación de documentos de viaje o en los puestos de control fronterizos. Sin embargo, faltan pruebas sólidas en este sentido. Algunos traficantes suelen proporcionar a los migrantes documentos legítimos, que pertenecen a personas de aspecto o edad similares y que son “prestados” a la red de traficantes. Además, para atraer a los migrantes, los traficantes utilizan indebidamente los canales de migración existentes.¹⁶

6. Los grupos delincuenciales ofrecen a los migrantes en situación irregular servicios ilegales para evitar los controles fronterizos, superar reglamentos sobre la migración y eludir los requisitos de visado.¹⁷ Como lo ha destacado UNODC: “los traficantes de migrantes también se dedican a formas conexas de delincuencia, en particular al fraude y a la falsificación de documentos, la explotación y la trata de personas, mientras que parecen recurrir a la corrupción a lo largo de casi todas las rutas identificadas”.¹⁸
7. La criminalidad organizada dedicada al tráfico humano produce cuantiosos

movimientos económicos. El tráfico ilícito de migrantes es un negocio delictivo beneficioso de difícil detección y con opacidad.¹⁹ Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), “los ingresos de los contrabandistas que trafican con migrantes de América Latina y el Caribe hacia los Estados Unidos fueron de casi 7,000 millones de dólares por año”.²⁰ La OIM considera que este grave fenómeno es de bajo riesgo para los grupos delincuenciales, por la escasa posibilidad de que se detecte y judicialice la realización de los delitos asociados a su *modus operandi*.²¹

8. Estas organizaciones llevan a cabo crímenes graves, como el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas, el robo de identidad, la corrupción y el lavado de dinero con graves afectaciones a los derechos humanos y la seguridad pública.²² Emplean diversas formas de violencia para obtener sus propósitos delincuenciales y suelen operar en alianzas con otras expresiones de criminalidad, como las dedicadas al narcotráfico y a la extorsión.
9. Son grupos que recurren a la violencia física y psíquica en la realización de sus conductas delictivas. Como lo señala la OIM, a los traficantes, cuando reciben el dinero, no les interesa “el bienestar de los migrantes”; “los dejan expuestos al abuso y la explotación”. La comisión de

¹⁶ UNODC, *Alcance del tráfico ilícito transcontinental de migrantes desde Asia Meridional hacia Norteamérica*, Viena, 2023, pp. 10 y 11. https://www.unodc.org/documents/human-traffic-k/2023/New_publications/Other_languages/Assessment_Report_FINAL_1_ESPANOL.pdf. [recuperado el 20 de enero de 2025].

¹⁷ UNODC, *Tráfico ilícito de migrantes*, op. cit.

¹⁸ UNODC, *Alcance del tráfico ilícito transcontinental*, op. cit., pp. 10 y 11.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ OIM, “Tráfico ilícito de migrantes”, OIM. *ONU Migración. Oficina Regional para América Latina y el Caribe*, 23 de diciembre de 2021. <https://lac.iom.int/es/trafico-ilicito-de-migrantes>

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

estas conductas puede derivar en graves consecuencias para la integridad y vida de los migrantes, como suele suceder cuando “se asfixian en los contenedores, mueren en los desiertos o se ahogan en el mar”.²³

10. Las organizaciones criminales explotan a los migrantes indocumentados por su situación de vulnerabilidad y los utilizan en la realización de otros delitos de diversa índole o los revictimizan mediante la comisión de delitos como la extorsión, agresiones sexuales, lesiones, el secuestro o la estafa.²⁴
11. Estos grupos de delincuencia tienen lazos con organizaciones narcotraficantes, con quienes estrechan sus alianzas y amplían el ámbito de operaciones ilegales. En determinados casos, recurren a las contraprestaciones al exigir dinero a los traficantes de migrantes para utilizar los territorios que controlan.²⁵ Como lo ha destacado Izcara Palacios, los migrantes originan diversas tipologías de ingresos para los narcotraficantes: a) pago de rescate por los secuestros, b) pago de cuotas por atravesar

territorios bajo el control de los delincuentes, y c) trabajo forzado para la delincuencia organizada.²⁶

12. La criminalidad dedicada al tráfico de migrantes utiliza las deficiencias en el control fronterizo de los Estados para potencializar su acción delictiva. A lo anterior se suma la corrupción de algunos funcionarios públicos que facilitan la comisión de los delitos por acción y omisión, al eludir los controles migratorios y las supervisiones funcionales.²⁷
13. Los traficantes de migrantes pueden ofrecer diferentes tipos de servicios, algunos muy costosos y sofisticados, como la falsificación de documentos (que origina el conocido como “tráfico ilícito documentado”), o métodos económicos con alto riesgo para los migrantes.²⁸
14. Las redes delincuenciales dedicadas al tráfico de migrantes suelen ser dinámicas, organizadas y metódicas; se ocupan de modificar continuamente las rutas en las que operan con altos riesgos para la vida y seguridad de los migrantes. Para estas organizaciones delictivas, el propósito principal es garantizar la clandestinidad y la consecución de los objetivos económicos.²⁹
15. Los grupos criminales dedicados al tráfico de migrantes se robustecen como consecuencia de las legislaciones débi-

²³ *Idem*.

²⁴ Guillermo Barros, “Refugiados centroamericanos: ¿protegidos o puestos en riesgo por las tecnologías de la comunicación?”, *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 56, 2017, pp. 20-22.

²⁵ Simón Pedro Izcara Palacios, “Etiología del tráfico de migrantes en México: relevancia de los factores de atracción”, *Norteamérica*, vol. 12, núm. 2, julio-diciembre, 2017, pp. 29-55. Véase también, Simón Pedro Izcara Palacios, “La contracción de las redes de contrabando de migrantes en México”, *Revista de Estudios Sociales*, núm. 48, enero-abril, 2014, pp. 84-99.

²⁶ Simón Pedro Izcara Palacios, “Violencia postestructural: migrantes centroamericanos y cárteles de la droga en México”, *Revista de Estudios Sociales*, núm. 56, 2016, pp. 12-25.

²⁷ UNODC, Alcance del tráfico ilícito..., *op. cit.*, pp. 10 y 11. [recuperado el 20 de enero de 2025].

²⁸ UNODC, *Tráfico ilícito de migrantes*, *op. cit.*

²⁹ *Ibidem*, pp. 10 y ss.

les, controles fronterizos laxos, funcionarios corruptos y víctimas vulnerables que no denuncian por temor, desconocimiento o presiones a las consecuencias violentas.³⁰

En consecuencia, puede destacarse la relación entre el crimen organizado y el tráfico ilegal de migrantes como un fenómeno oscuro y en ascenso que se aprovecha de la comisión de otros delitos para lograr el paso fronterizo. Sus autores eluden la legalidad y este se convierte en una fuente lucrativa de ingresos para las organizaciones dedicadas a ese negocio criminal; quienes lo llevan a cabo, lo hacen en entornos de violencia e intimidación y aprovechando la vulnerabilidad de quienes buscan mejores oportunidades de vida mediante la migración.³¹

Por tanto, esta problemática debe abordarse desde diversos enfoques que incluyan el robustecimiento de la prevención del delito, la pronta detección de sus formas comisivas, la investigación oportuna de las redes y la identificación eficaz de sus autores, cooperantes, funcionarios públicos y personas jurídicas que contribuyen a la realización de los delitos. Lo anterior resulta imperativo para lograr oportunamente su comparecencia ante las instancias judiciales competentes y sancionar a los responsables del delito.³²

También resulta imprescindible el robustecimiento de la cooperación internacional entre las naciones y el fortalecimiento de acciones comunes en materias de seguridad.

Todo ello enfocado a sensibilizar y prevenir el impacto que generan las consecuencias adversas, directas y conexas a la realización del delito en los derechos de los migrantes.

3. Delimitaciones conceptuales

Resulta relevante efectuar una distinción entre el tráfico ilegal de migrantes y la trata de personas, ya que son delitos con elementos en común y algunos rasgos distintivos, los cuales pueden generar confusiones al momento de delimitar sus ámbitos de aplicación e interpretación. En efecto, los movimientos humanos a través de las fronteras revisten peculiaridades que van desde la movilidad legal hasta el tráfico ilegal de personas, los cuales han ido cambiando en sus peculiaridades a lo largo de la historia.

Ante las diferentes problemáticas asociadas a la migración, surgen el tráfico ilegal de migrantes y la trata de personas como conductas realizadas por organizaciones criminales de carácter transnacional. Estas recurren a individuos exógenos al grupo para coadyuvar con su propósito criminal de diversas formas, entre ellas, la captación, engaño, manejo de las rutas, transporte, alojamiento, control de la movilidad de los migrantes, entre otras labores. Para dilucidar los rasgos esenciales de los delitos, se analizarán a continuación las notas distintivas del tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas.

3.1 El tráfico ilícito de migrantes y sus características esenciales

En el artículo 3 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que integra la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

30 UNODC, “Tráfico ilícito de migrantes: la dura búsqueda de una vida mejor”, *op. cit.*

31 UNODC, *Alcance del tráfico ilícito transcontinental...*, *op. cit.*

32 UNODC, *Tráfico ilícito de migrantes*, *op. cit.*

Transnacional (el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes), se define el tráfico ilícito de migrantes como:

La facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.³³

A su vez, en el artículo 6 del mismo Protocolo, se precisa que los Estados tienen como obligaciones las siguientes:

- Tipificar como delito el tráfico ilícito de migrantes y la habilitación de una persona para permanecer en un país de forma ilegal;
- Considerar como circunstancia agravante de esas conductas delictivas toda circunstancia que ponga en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados o dé lugar a un trato inhumano o degradante de esas personas.³⁴

El delito de tráfico ilegal de migrantes tiene como rasgos esenciales los siguientes:

1. Se trata de un delito transfronterizo que infringe los controles migratorios establecidos y que puede involucrar a diversos países de origen, tránsito y destino. Es un delito internacional dominado por grupos criminales organizados que suelen operar en la clandestinidad. A su vez, un elemento distinto del delito es el propósito criminal de lucro o ventaja

económica derivada del traslado de migrantes.³⁵

2. Se caracteriza por la comisión paralela de otras actividades como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no es nacional con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.³⁶ También, por “la habilitación de una persona que no sea nacional o residente legal para permanecer legalmente en un país con incumplimiento de los requisitos” legales y con la finalidad de “obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”, entre otras características.³⁷
3. En cuanto al sujeto activo, es el *traficante*, un sujeto indeterminado que participa directa o indirectamente con el tráfico ilícito de migrantes; es aquel que “promueve, favorece, ayuda o induce la entrada o salida de una persona para cruzar la frontera de otro país” y quien tiene un propósito económico. En este sentido, como lo indica Genovese, además de las responsabilidades individuales se presenta la participación de organizaciones que tienen “actividades comerciales legítimas e intervienen en el tráfico ilícito de migrantes como transportistas u hoteleros” y, en ciertos casos, la interven-

³³ *Ibidem*, p. 4.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Romina Genovese, “Tráfico ilícito de migrantes. Diferencia con la trata de personas”, *Revista Pensamiento Penal*, núm. 489, noviembre, 2023, pp. 4 y ss. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/geno.pdf> [recuperado el 2 de febrero de 2025].

³⁶ UNODC, *Tráfico ilícito de migrantes*, op. cit., p. 4.

³⁷ *Idem*.

ción de “funcionarios corruptos” u otras personas que persiguen una finalidad económica derivada de la realización de este delito.³⁸

4. Respecto a la conducta típica, se trata de las denominadas de mera o simple conducta, con lo cual su consumación no requiere de la obtención de la finalidad perseguida. Como lo indica UNODC, independientemente de si se logra su cometido, “la ‘entrada’ o ‘permanencia ilegal’, se consuma el delito con la simple ‘facilitación’, lo que puede suponer entre otros, (i) la organización, (ii) la coordinación, (iii) el reclutamiento, (iv) el transporte, (v) la entrega de documentos falsos y (vi) el alojamiento ilegal”.³⁹ Por tanto, es preciso resaltar lo contenido en el Protocolo en Contra del Tráfico Ilegal de Migrantes, en el cual se precisa que existe “entrada ilegal” cuando haya “(...) paso de fronteras sin haber cumplido con los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”.⁴⁰

En lo relacionado con la “conducta de ‘falta de documentos de viaje, visas o pasaportes requeridos’”, esta se presenta cuando la persona no es nacional ni residente legal en el Estado y ha ingresado al territorio sin los documentos requeridos, porque tiene “documentos falsos otorgados por el traficante” o

“porque no tiene ningún tipo de documento”. De otro lado, el ingreso puede darse “con documentos válidos”, y posteriormente el traficante facilita la permanencia ilegal ante la ausencia de autorización emitida por la autoridad competente para residir en el Estado.⁴¹

La descripción de la conducta típica cuenta con dos modalidades alternativas:

- a. “Facilitar la entrada ilegal o permanencia ilegal de una persona a un país”, es decir, “cuando haya ‘(...)’ paso de fronteras sin haber cumplido con los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”. Lo anterior implica, “no solo la facilitación de ‘entrada ilegal’ al país receptor, sino que incluye además la ‘entrada ilegal’ del país de ‘tránsito’”,⁴² O,
- b. “Cuando esa persona no sea nacional o residente permanente y no tenga los documentos de viaje, visas o pasaportes requeridos para entrar o permanecer en dicho país”. En este caso el migrante:

[...] (i) porta los documentos falsos otorgados por el traficante o (ii) no tiene ningún tipo de documento. Puede darse también la situación en que el ingreso se origina con documentos válidos, que como tal no autorizan su permanencia en dicho territorio, y a pesar de ello el traficante facilita dicha permanencia que se torna ilegal ante la ausencia de autorización emitida por la autoridad competente.⁴³

³⁸ Romina Genovese, *op. cit.*, p. 5.

³⁹ UNODC, *Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia: realidades institucionales, legales y judiciales*, Bogotá, p. 29. https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/Agosto/Investigacion_trafico_migrantes.pdf [recuperado el 1 de febrero 2025].

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*

5. En cuanto al sujeto pasivo, el migrante es la persona que acude al traficante para ingresar de forma ilegal a un país. De igual forma, puede relacionarse con el Estado y su soberanía.⁴⁴
6. En relación con el elemento subjetivo del tipo, por la intencionalidad que se verifica con el propósito o finalidad de obtener un “beneficio financiero o material”, se excluye el apoyo por razones humanitarias o altruistas. Según UNODC, la frase *beneficios financieros o materiales* debe ser interpretada “ampliamente para incluir cualquier tipo de pago, soborno, recompensa, ventaja, privilegio”.⁴⁵ Lo anterior comprendería, por ejemplo, desde servicios sexuales, hasta laborales o en especie para que el traficante obtenga el beneficio esperado. Basta con probar la intencionalidad sin que sea un requisito para la consumación del delito el hecho que el traficante no haya visto materializado el beneficio esperado.⁴⁶
7. En la configuración de este delito existe “un acuerdo previo entre el migrante y el traficante sobre la oferta” y el propósito “de facilitar la entrada o permanencia

ilegal” frente a lo cual se presenta el beneficio financiero o material. “Cuando se verifique la existencia de esa intención o acuerdo, se entenderá satisfecho el requisito aun cuando el traficante no logre su beneficio”. Por tanto, se resalta así que es un delito que no requiere la obtención del provecho económico por parte del traficante. Además, en su comisión pueden participar terceros como intermediarios para facilitar el acuerdo con los traficantes o líderes de los grupos criminales organizados.⁴⁷

8. Es necesaria la concurrencia del subjetivo del tipo cometido con intencionalidad. Así, cabe mencionar que, en la mayoría de los países, se precisa “que la conducta se cometa con dolo, esto es con conocimiento de la realización de la conducta y voluntad en la comisión del mismo, independientemente del conocimiento sobre la ilegalidad de la misma”.⁴⁸ Lo anterior destaca la posibilidad de que el delito se lleve a cabo por redes organizadas que establecen como propósito criminal la obtención de beneficios económicos mediante el tráfico ilegal de migrantes con las características señaladas con anterioridad.

44 En términos de Genovese: “Si consideramos que el bien jurídico es la soberanía del Estado, debemos precisar que el sujeto pasivo es el Estado. Ahora bien, si entendemos que la norma busca proteger la dignidad y los derechos humanos de las personas migrantes, entonces el sujeto pasivo serán las personas traficadas. De tal modo, el sujeto pasivo será tanto el Estado como las personas migrantes”. Romina Genovese, *op. cit.*, p. 3.

45 UNODC, *Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia*, *op. cit.* p. 29.

46 *Idem.*

3.2 El delito de trata de personas y sus principales peculiaridades

El delito de trata de personas constituye una grave afectación a los derechos fundamentales de las víctimas que resultan traficadas con fines de explotación en un contexto de trasla-

47 *Ibidem*, p. 26.

48 *Idem.*

do interno o transnacional.⁴⁹ Tal y como lo ha expresado la UNODC:

La trata de personas es un delito que consta de tres elementos fundamentales: el acto, los medios y la finalidad. Los traficantes utilizan tácticas tales como el abuso físico y sexual, el chantaje, la manipulación emocional y la retirada de documentos oficiales, para controlar a sus víctimas. Dicha explotación puede tener lugar tanto en el país de origen de la víctima, como durante la migración o hasta en un país extranjero.⁵⁰

Sobre este particular, a nivel internacional el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, contempla en el artículo 3 la siguiente definición:

- a. Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a

la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

- b. El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
- c. La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;
- d. Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.⁵¹

En efecto, el Protocolo define la trata de personas para “determinar el ámbito de aplicación” de este y de la Convención contra la Delincuencia Organizada a las actividades concretas asociadas con el delito y para posibilitar “una base común para la formulación de delitos penales, procedimientos penales, medidas de apoyo, asistencia a las víctimas y otras medidas en el plano nacional”, entre otras.⁵²

⁴⁹ Andrea Mateus-Rugeles, Antonio Varón Mejía, Beatriz Londoño Toro, Beatriz Eugenia Luna de Aliaga y Mauricio Vanegas Moyano, *Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia. Aportes desde el Derecho Internacional, Derecho Penal y las Organizaciones No Gubernamentales*, Colombia: UNODC, Ministerio del Interior de Justicia, Universidad del Rosario, 2009. <https://repository.urosario.edu.co/items/5aa3c09a-e0c5-4f4e-abae-53ab82436243> [recuperado el 5 de febrero de 2025].

⁵⁰ UNODC, “El delito”. <https://www.unodc.org/unodc/es/human-trafficking/crime.html> [recuperado el 1 de febrero de 2025].

⁵¹ UNODC, *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia y sus Protocolos*, Nueva York: Naciones Unidas, 2004.

⁵² UNODC, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, op. cit., p. XII.

En consecuencia, son elementos distintivos del crimen de trata de personas las conductas típicas desplegadas por el sujeto activo con la intención de facilitar la explotación de otra persona, como su captación, traslado, recibimiento o acogida. También los medios empleados mediante engaños, fraude, violencia física o psicológica, abuso de la vulnerabilidad de la víctima. Esto se lleva a cabo en un entorno de explotación mediante el abuso de otra persona en beneficio propio o de un tercero, para lo cual es irrelevante el consentimiento brindado por la víctima.⁵³

De igual manera, la UNODC resalta que la trata de personas se manifiesta de diversas formas, como la explotación de personas en las industrias del sexo, el entretenimiento y la hostelería. También, se expresa con la explotación de trabajadores domésticos o mediante matrimonios forzados. En el mismo sentido, resalta cómo las víctimas de este delito pueden ser aquellas obligadas a trabajar en fábricas, en la construcción o en el sector agrícola, sin remuneración o percibiendo un sueldo inadecuado, y quienes por su condición viven con miedo a la violencia y, a menudo, en condiciones degradantes o inhumanas.⁵⁴

En un contexto de tráfico humano, los fines de explotación suelen entrelazarse entre la violencia sexual, la explotación laboral, la mendicidad o el matrimonio servil, y revisten especial gravedad en aquellos escenarios en que se traslada a la víctima al extranjero, al mismo tiempo que se le limita el contacto con su núcleo familiar. En algunos casos, los niños también pueden convertirse en víctimas de la trata de personas, cuando son obligados a combatir como soldados o a cometer delitos en beneficio de quienes los explotan.⁵⁵

En consecuencia, el tipo de delito de trata de personas implica:

1. Las conductas previstas por el Protocolo de Palermo, que son multimodales y que van desde la captación, hasta el transporte, la acogida o recepción. Por ello, no se precisa que el autor lleve a cabo todas las conductas previstas, basta una de ellas. El Protocolo no establece formas específicas de realizar las conductas, así que el delito de trata de personas puede llevarse a cabo con el cruce ilegal de fronteras o entre distintas ciudades.⁵⁶
2. En el delito de trata se emplea “la amenaza”, el “uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el con-

53 Organización Internacional del Trabajo (OIT), “Módulo 1. Marco conceptual del delito de trata y delitos conexos”, *Curso de especialización en materia de trata de personas, con un enfoque especial en trata de niñas, niños y adolescentes*, Perú, 2022, p. 20. <https://www.ilo.org/es/publications/curso-de-especializacion-en-materia-de-trata-de-personas-con-un-enfoque> [recuperado el 1 de febrero de 2025].

54 UNODC, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, op. cit., p. 14.

55 OIM, “Seis datos sobre la relevancia penal de la trata de personas”, OIM. *ONU Migración*, 31 de octubre de 2020. <https://colombia.iom.int/es/news/6-datos-relevantes-sobre-la-trata-de-personas-en-colombia> [recuperado el 30 de enero de 2025].

56 UNODC, “El delito”, op. cit.

sentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”. Con ello, el contexto de explotación de la víctima es característico en la comisión de la conducta, en la que, además, el consentimiento es nulo o se encuentra viciado por el entorno de violencia psicológica.⁵⁷

3. La creación del peligro sobre el bien jurídico de la víctima, que es la autonomía personal, aunque también pueden resultar lesionados o puestos en peligro grave otros bienes jurídicos de especial relevancia. La consumación de la conducta se efectúa con la realización de cualquiera de los verbos rectores descritos, sin que efectivamente se llegue a efectuar la explotación de la víctima. Por tanto, es un delito de mera conducta.
4. La explotación ajena en un contexto que puede suponer diversas modalidades típicas como: aprovechamiento “de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, explotación de la mendicidad ajena, matrimonio servil, la extracción de órganos”, entre otros.⁵⁸ Es la comercialización y explotación de las víctimas lo que determina que este delito afecte sus derechos inalienables.
5. El ánimo de obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona. Es preciso probar el ánimo y finalidad de explotación sobre la víctima por parte de quien o quienes han llevado a cabo cualquiera de las formas comisivas.

6. Respecto del consentimiento, el artículo 3, incisos b y c del Protocolo de Palermo señalan lo siguiente:

- b. El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional, descrita en el apartado a) del presente artículo, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
- c. La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.⁵⁹

Por tanto, el consentimiento de la víctima es totalmente intrascendente “y no se tiene en cuenta en ninguna de sus fases”. Las víctimas de trata no suelen consentir de manera libre. El contexto de intimidación, coacción o necesidad suele ser un factor que limita su voluntad; también, “el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad”, que impulsa a la persona a aceptar y al victimario a “obtener así el consentimiento de la víctima”.⁶⁰

⁵⁷ UNODC, *Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia*, op. cit., p. 54.

⁵⁸ Código Penal, ley 599/2000, Colombia, 24 de julio de 2000, art. 188A.

⁵⁹ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en UNODC, *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia y sus Protocolos*, op. cit., art. 3.

⁶⁰ ACCEM, “El consentimiento en la trata de personas: un elemento jurídicamente irrelevante”, 5 de octubre de 2020. <https://www.>

7. El dolo del autor que esté revestido del conocimiento del tráfico humano (conducta típica y desplazamiento) en cualquiera de sus formas de explotación previstas en el tipo penal para obtener provecho económico o cualquier beneficio para sí o un tercero, es una intencionalidad expresada en la voluntad de llevar a cabo el delito con cualquiera de sus formas comisivas.

4. Principales diferencias y similitudes entre la trata de personas y el tráfico de migrantes

4.1 Similitudes

- *La naturaleza:* ambos delitos están incluidos dentro de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas son delitos de mera conducta en los que se pone en peligro la vida, la seguridad y el bienestar de las personas afectadas. Estos delitos pueden compartir las mismas rutas, desplazamientos y utilizar similares métodos de transporte y tener rasgos en común respecto a los autores y partícipes de las conductas delictivas como miembros de estructuras organizadas.⁶¹
- *Las víctimas:* las víctimas del tráfico ilícito (migrantes) también pueden serlo de la

trata durante o después del proceso de tráfico clandestino. Así, las víctimas solicitan las actividades de los traficantes para llegar al país de destino y durante ese proceso pueden resultar engañadas, forzadas o amenazadas en una situación de explotación. Esto acontece cuando se les obliga a trabajar en condiciones de precariedad, se les convierte en víctimas de delitos sexuales o cuando son vinculadas con el tráfico de drogas como contraprestación a las actividades que les brinda el traficante.⁶²

- *Los medios, actos e intenciones del sujeto activo:* ambos delitos pueden tener elementos comunes en cuanto a la manera en que los autores captan a sus víctimas y el contexto de provecho económico para sí o un tercero que persiguen con la comisión de los delitos. A su vez, en ciertos casos, los traficantes pueden entregar a los migrantes a los tratantes o explotarlos ellos mismos. En el caso de organizaciones criminales organizadas que se dedican al tráfico humano, pueden recurrir adicionalmente a la explotación económica o sexual de las víctimas.⁶³
- *El consentimiento viciado:* es relevante considerar el entorno de coacción al que se ven sometidas las víctimas, cuando son instrumentalizadas por redes organizadas mediante el engaño, la intimidación o la extorsión. Las víctimas suelen encontrarse en situación de vulnerabilidad, sin embargo, el contexto determinará la existencia de un delito de trata de personas o tráfico ilegal de migrantes, puesto que en el primero es

acem.es/el-consentimiento-en-la-trata-de-personas/ [recuperado el 2 de febrero de 2024].

61 UNODC, *Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes*, op. cit., p. 11.

62 *Idem.*

63 *Idem.*

requerido el entorno de explotación y en el segundo este elemento no es un factor característico. Además, en ambos delitos puede estar presente el propósito de lucro o beneficio económico directo o para terceros por parte de traficantes y tratantes.

4.2 Diferencias

- *La acción:* en el tráfico ilegal de migrantes el núcleo de la acción es “la facilitación de la entrada ilegal de una persona a otro país, la creación o suministro de un documento de identidad o pasaporte falso, o la habilitación, por medios ilegales, de la estadía permanente de un no-nacional o no-residente”. En el delito de trata de personas las acciones criminales se presentan con la intención de facilitar la explotación de otra persona, como captarla, enviarla o recibirla dentro de un país o hacia el exterior.
- *El propósito:* en el delito de tráfico ilegal de migrantes el sujeto activo actúa por un móvil económico, financiero o material. Por otro lado, en el delito de trata de personas el propósito se circunscribe a la explotación de la víctima.
- *El consentimiento:* “los migrantes objetos del tráfico ilícito generalmente aceptan ser traficados. Las víctimas de la trata de personas pueden dar su consentimiento para el acto o la explotación, pero el consentimiento es irrelevante si se han utilizado medios”, o en los casos que involucren menores.⁶⁴
- *La transnacionalidad:* en el tráfico ilícito de migrantes se precisa el cruce de fronteras internacionales; la víctima se desplaza de un país a otro, en el que ingresa o permanece de manera irregular. En la trata de personas no es requerido que la víctima resulte desplazada internacionalmente, ya que se puede trasladar de un lugar a otro dentro del mismo país. En ocasiones, víctimas de trata han ingresado de forma irregular en el país de destino, con lo cual se presenta una conexión con el delito de tráfico ilegal precedente.
- *Los autores:* en el delito de tráfico ilegal de migrantes pueden ser personas, organizaciones criminales o personas individuales pertenecientes o empleadas por “delincuentes organizados, la propia familia o amigos del migrante u otros”, quienes actúan “para obtener beneficios económicos o materiales”. Los tratantes pueden ser delincuentes organizados, o personas individuales como familiares o amigos de la misma víctima u otros, que llevan a cabo cualquiera de las conductas típicas para facilitar la explotación de las víctimas.⁶⁵
- *Bien jurídico afectado:* en el delito de tráfico ilícito de migrantes, además de los derechos fundamentales de las personas traficadas, se lesionan los intereses del Estado al que se ingresa irregularmente; la trata de personas es un delito que atenta contra la autonomía personal y los dere-

⁶⁴ Miriam Viviana Baldi Badilla, *El rol preventivo estratégico de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) en la lucha*

contra la trata de mujeres adultas en los Estados Unidos de América y la incorporación de una infraestructura en la República de Costa Rica (2018-2022), San José: Universidad Internacional de las Américas, 2023, p. 41.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 42.

chos esenciales de las víctimas, suele ser pluriofensivo.

- *Las víctimas:* “los migrantes objetos de tráfico ilícito” no son considerados “víctimas” conforme lo dispone el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes. Sin embargo, en los casos de tráfico agravado, cuando su vida y seguridad están en peligro, o “cuando están sometidos a tratos inhumanos o degradantes, incluida la explotación” esta condición de sujeto pasivo se presenta por la entidad de los bienes jurídicos afectados. Las víctimas de trata de personas lo son por la afectación de sus derechos fundamentales, que resultan lesionados o puestos en peligro grave como consecuencia de la conducta delictiva y que incluyen la autonomía personal y la libertad sexual.

5. El tráfico ilegal de migrantes y su impacto en los derechos humanos

5.2 Rasgos de la problemática

La relación entre el tráfico ilícito de migrantes y la vulneración de derechos humanos ha quedado constatada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el análisis de casos como: “Pacheco Tineo vs. Bolivia”, de 2013. En efecto, en este caso se abordó el estudio de las garantías derivadas del debido proceso aplicables a los “procedimientos de carácter migratorio que pueden culminar en la expulsión” del migrante y también el análisis de la tutela judicial efectiva en los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado. Así, la Corte se pronunció sobre “el derecho a buscar y recibir asilo y el principio de no devolución”, para lo cual enfatizó que los Estados deben garantizar el respeto a

los derechos humanos de todas las personas, sin importar su estatus migratorio.⁶⁶

En efecto, y desde otro ángulo, debe destacarse que el delito de tráfico ilícito de migrantes se asocia a los riesgos y contextos de violencia presentes en el trayecto migratorio hasta el lugar de destino, los cuales se expresan en la afectación de los derechos de los migrantes, quienes enfrentan muchos desafíos como la ausencia de protección legal, la discriminación y el abuso por su vulnerabilidad. Es una realidad que, “en las fronteras terrestres, marítimas y aéreas de todo el mundo”, los migrantes pueden ser sujetos a malos tratos, violencias, “prácticas peligrosas de interceptación y la detención prolongada o arbitraria”, sobre todo en zonas de especial interés migratorio.⁶⁷

Ante una situación compleja, recordamos que los migrantes, con independencia de “su nacionalidad, su estatus migratorio, su

66 Analía Cascone, “Debido proceso legal y protección de personas refugiadas y solicitantes de asilo a la luz del caso ‘Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 42, núm. 95, p. 206. https://repositorioubas.sisbi.uba.ar/gsd1/collect/juridica/index/assoc/HWA_3905.dir/3905.PDF [recuperado el 6 de enero de 2025].

67 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH), “Derechos humanos en tránsito y en las fronteras internacionales: El ACNUDH y la migración”. <https://www.ohchr.org/es/migration/human-rights-transit-and-international-borders#:~:text=Los%20migrantes%20en%20tr%C3%A1nsito%20corren,protecci%C3%B3n%20del%20pa%C3%ADs%20de%20tr%C3%A1nsito> [recuperado el 2 de febrero de 2025].

forma de llegar a la frontera, su procedencia o su aspecto”, son titulares de derechos inalienables y universales. Así lo ha reiterado la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH): “todos los seres humanos tienen todos los derechos humanos”, con la excepción del derecho a participar en los asuntos políticos, que solo los ciudadanos tienen”.⁶⁸

En este contexto, es preciso recordar que el artículo 16(1) del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes contiene la obligación de los Estados para que adopten “todas las medidas apropiadas, de conformidad con sus obligaciones internacionales” para salvaguardar “el derecho a la vida de los migrantes objetos de tráfico ilícito” y, por tanto, impedir que no resulten “sometidos a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.⁶⁹ También se establece la protección de los migrantes contra la violencia en sus diversas expresiones en el artículo 16(2) del Protocolo.

A su vez:

El artículo 16(3) del Protocolo [...] exige que los Estados brinden asistencia adecuada a los migrantes cuyas vidas y seguridad estén en peligro por haber sido objeto de tráfico ilícito. La implementación de este artículo puede incluir acceso a alimentos de emergencia, refugio y atención médica básica, acceso a servicios consulares y asistencia legal.

Asimismo, el artículo 9(2)(a) del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes estipula que cuando un Estado parte toma

medidas contra el tráfico ilícito de migrantes por mar, debe garantizar la seguridad y el trato humano de las personas a bordo de la embarcación.⁷⁰

Tal y como lo expone el informe de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), “más de un tercio de los migrantes fallecidos cuyo país de origen pudo identificarse provienen de países en conflicto o con grandes poblaciones de refugiados, poniendo de relieve los peligros enfrentados por quienes intentan escapar de las zonas de conflictos sin contar con vías seguras”.⁷¹

En definitiva, es evidente en este ámbito que los riesgos del tráfico ilícito de migrantes comprenden no solo los asociados al tránsito migratorio, sino además los del lugar de destino, que son de diversa naturaleza y complejidad. Estas características se conectan con otros factores de peligro como las condiciones riesgosas de la ruta, los delitos conexos empleados, la participación de funcionarios públicos, los controles migratorios, entre otros.

⁶⁸ UNODC, *Protección de los derechos de migrantes objeto de tráfico ilícito*, Viena, 2019, p. 2. https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_2_-_E4J_SOM_ES_FINAL.pdf

⁶⁹ *Ibidem*, p. 3.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 5.

⁷¹ OIM, “Informe de la OIM: una de cada tres muertes de migrantes sucede huyendo de un conflicto”, *op. cit.*, en el cual se indica que: “El informe *Una década comentando muertes de migrantes*, observa los últimos diez años con más de 63.000 muertes y desapariciones documentadas durante los procesos migratorios de ese período —y más muertes registradas en 2023 en comparación con cualquier otro año anterior”.

5.2 El tráfico ilícito de migrantes y los derechos afectados

Como hemos reiterado, el tráfico ilícito de migrantes tiene vínculos con el crimen organizado transnacional, en un escenario dominado por la consecución de objetivos económicos de estos grupos que emplean diversas formas comisivas para lograr la conducción de los migrantes a sus lugares de destino.

Entre los derechos más afectados se encuentra la vida, ya que muchos migrantes la pierden en el camino, debido a condiciones peligrosas impuestas por los traficantes, así como la afectación de su integridad física, seguridad, autonomía personal y bienestar como consecuencia de los abusos físicos, sexuales o la coacción de los traficantes o su entorno.

También, el derecho a la libertad y la seguridad personal se afecta como consecuencia de capturas, detenciones ilegales o extorsiones desplegadas por redes criminales que se aprovechan de su situación de precariedad. Otro factor es la clandestinidad de los movimientos migratorios empleada por los traficantes que restringe el acceso a servicios básicos para los migrantes, como la atención médica, la educación y la asistencia legal, lo cual se expresa en su constante marginalización y desprotección.⁷²

La respuesta a este fenómeno debe ser integral y multidimensional, además de involucrar a los Estados en la creación de políticas que no solo persigan a los traficantes de forma individual, sino que investiguen las redes criminales a las que estos sujetos pertenecen, sus alianzas, movimientos financieros y la posible participación de funcionarios públicos. Por ello, se requiere estudiar el tráfico

ilícito de migrantes desde sus causas estructurales, modos comisivos, los efectos y los beneficios que se derivan de este grave delito para los derechos humanos de los migrantes y sus repercusiones en la seguridad pública.

6. Algunas propuestas para abordar esta problemática a modo de reflexión final

El tráfico ilícito de migrantes y el crimen organizado representan un desafío significativo para la protección de los derechos humanos a nivel global. Los riesgos y afectaciones que enfrentan los migrantes son múltiples, complejos, permanentes y devastadores en el desarrollo de sus garantías esenciales. Lo anterior ha estado acompañado por una respuesta insuficiente por parte de los Estados, por lo cual se precisa un mayor énfasis futuro en el abordaje eficaz de la prevención del delito y de las causas subyacentes de este fenómeno, así como también de la judicialización y sanción de los responsables, colaboradores y beneficiarios finales.

A su vez, es relevante considerar las características de delito y sus efectos transnacionales que generan considerables ganancias económicas y que suelen estar vinculados a otras formas de crimen organizado, como el narcotráfico y la trata de personas. Por tanto, detectar, investigar y combatir el tráfico de migrantes es fundamental para proteger los derechos humanos de los migrantes, quienes a menudo son sometidos a condiciones de violencia, explotación y marginalidad.

Ante un contexto global tan complejo, se requiere implementar el uso de herramientas jurídicas y técnicas dentro de los Estados y entre estos, para desarrollar estrategias individuales y colectivas que permitan identificar oportunamente a los autores, sus alianzas, las rutas y el destino de las finanzas

⁷² Carolina Sampó y Valeska Troncoso, *op. cit.*

ilegales. También, desarrollar e implementar instrumentos idóneos y efectivos para dismantelar redes delinuenciales organizadas transnacionales y sus aliados dedicados al tráfico de migrantes como un negocio criminal altamente lucrativo.

Estas labores requieren poner en marcha procedimientos de diversa naturaleza e incluir el fortalecimiento de los recursos técnicos, presupuestales y humanos requeridos. Ante esto, consideramos que las referidas estrategias deben incluir, entre otras acciones, las siguientes:

- Un mayor enfoque preventivo dentro de las políticas públicas mediante el estudio de la problemática, sus causas y modos comisivos, para generar un sistema robusto de alertas tempranas ante las autoridades, mayor capacitación a los funcionarios públicos vinculados a estos ámbitos, campañas de sensibilización y prevención del delito.
- El uso de herramientas jurídicas y técnicas de inteligencia financiera para identificar, detectar y hacer seguimiento a los activos y finanzas de los grupos criminales y autores del delito.
- La judicialización oportuna de los responsables y funcionarios corruptos relacionados con el tráfico ilegal de migrantes, a través de investigaciones profundas que involucren los esfuerzos de la cooperación internacional.
- La identificación de las finanzas de las organizaciones criminales mediante la identificación y el bloqueo de flujos económicos ilícitos, para lo cual pueden emplearse las herramientas tecnológicas más avanzadas.
- La actualización y revisión de las legislaciones nacionales para que sus marcos normativos estén en concordancia con

los estándares internacionales, como el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y el Protocolo de Palermo.

- La implementación y aplicación eficaz de figuras contra las finanzas y activos de procedencia ilícita mediante el comiso y la acción de extinción del derecho de dominio, para confiscar bienes adquiridos con recursos provenientes del tráfico de migrantes y delitos conexos.
- Desarrollar protocolos de intercambio de información entre entidades que aseguren la confidencialidad y la legalidad en el manejo de datos.
- Capacitación en técnicas de investigación especializada a fiscales, jueces y policías sobre técnicas útiles frente a los delitos complejos, incluyendo la recopilación de evidencia digital.

En conclusión, el robustecimiento de la cooperación judicial internacional para abordar el tráfico de migrantes como un delito transnacional que afecta los derechos humanos y que impacta en la seguridad de las naciones es imprescindible. Ello precisa de la adopción de acciones sólidas de intercambio de información para la identificación, captura y procesamiento de los responsables, por medio de las cuales se asegure que las medidas contra el crimen son efectivas y sostenibles. De igual forma, el fortalecimiento de las medidas de prevención y sensibilización frente a las consecuencias de la comisión del delito y sus efectos atentatorios a los derechos humanos son requeridos a nivel global.

7. Referencias

- ACCEM, “El consentimiento en la trata de personas: un elemento jurídicamente irrelevante”, 5 de octubre de 2020. <https://www.accem.es/el-consentimiento-en-la-trata-de-personas/> [Recuperado el 2 de febrero de 2024].
- ARAUJO, Roberto S., “Causas, consecuencias, efectos e impacto de las migraciones en Latinoamérica”, *Papeles de Población*, núm. 14, vol. 55, 2008, pp. 95-116. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252008000100005&lng=es&tlng=es [Recuperado en 05 de febrero de 2025].
- BALDI BADILLA, Miriam Viviana, *El rol preventivo estratégico de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) en la lucha contra la trata de mujeres adultas en los Estados Unidos de América y la incorporación de una infraestructura en la República de Costa Rica (2018-2022)*, San José: Universidad Internacional de las Américas, 2023.
- BARROS, Guillermo, “Refugiados centroamericanos: ¿protegidos o puestos en riesgo por las tecnologías de la comunicación?”, *Revista Migraciones Forzadas*, núm. 56, 2017, pp. 20-22.
- CALVANI, Sandro, “Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, Bogotá. https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgcvlg/legisinternacional/20080920_convencionContraDelicuenciaOrganizadaTransnacional.pdf
- CASCONE, Analía, “Debido proceso legal y protección de personas refugiadas y solicitantes de asilo a la luz del caso ‘Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 42, núm. 95, 2017, pp. 205-227. https://repositorioubu.sisbi.uba.ar/gsd/collect/juridica/index/assoc/HWA_3905.dir/3905.PDF [recuperado el 6 de enero de 2025].
- CASTILLAS, R., “Las rutas de los centroamericanos por México, un ejercicio de caracterización, actores principales y complejidades”, *Migración y Desarrollo*, núm. 10, 2008, pp. 157-174.
- Código Penal, Ley 599/2000, Colombia, 24 de julio de 2000.
- GENOVESE, Romina, “Tráfico ilícito de migrantes. Diferencia con la trata de personas”, *Revista Pensamiento Penal*, núm. 489, noviembre, 2023. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/geno.pdf> [recuperado el 2 de febrero].
- Interpol, “Delincuencia organizada”. <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delincuencia-organizada> [recuperado el 22 de octubre de 2024].
- IZCARA PALACIOS, Simón Pedro, “Etiología del tráfico de migrantes en México: relevancia de los factores de atracción”, *Norteamérica*, vol. 12, núm. 2, julio-diciembre, 2017, pp. 29-55.
- IZCARA PALACIOS, Simón Pedro, “La contratación de las redes de contrabando de migrantes en México”, *Revista de Estudios Sociales*, núm. 48, 2014, pp. 84-99.
- IZCARA PALACIOS, Simón Pedro, “Violencia postestructural: migrantes centroamericanos y cárteles de la droga en México”, *Revista de Estudios Sociales*, núm. 56, 2016, pp. 12-25.
- MATEUS-RUGELES Andrea, Antonio VARÓN MEJÍA, Beatriz LONDOÑO TORO, Beatriz Eugenia LUNA DE ALIAGA y Mauricio VANE-GAS MOYANO, *Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia. Aportes desde el Derecho Internacional, Derecho penal y las Organizaciones No Gubernamentales*

- mentales, Colombia: UNODC, Ministerio del Interior de Justicia, Universidad del Rosario, 2009. <https://repository.urosario.edu.co/items/5aa3c09a-e0c5-4f4e-abae-53ab82436243> [recuperado el 5 de febrero de 2025].
- “Muertes y desapariciones de migrantes”, *Portal de datos sobre migración*, 30 de noviembre de 2023. <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/muertes-y-desapariciones-de-migrantes> [recuperado el 30 de enero de 2025].
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH), “Derechos humanos en tránsito y en las fronteras internacionales: El ACNUDH y la migración”. <https://www.ohchr.org/es/migration/human-rights-transit-and-international-border-s#:~:text=Los%20migrantes%20en%20tr%C3%A1nsito%20ocurren,protecci%C3%B3n%20del%20pa%C3%ADs%20de%20tr%C3%A1nsito> [recuperado el 2 de febrero de 2025].
- OIM, Organización Internacional de las Migraciones, “Informe de la OIM: una de cada tres muertes de migrantes sucede huyendo de un conflicto”, *OIM. ONU Migración*, 26 de marzo de 2024. <https://www.iom.int/es/news/informe-de-la-oim-una-de-cada-tres-muertes-de-migrantes-sucede-huyendo-de-un-conflicto> [recuperado el 22 de enero de 2025].
- OIM, *Manual de la OIM, sobre protección y asistencia para personas migrantes vulnerables a la violencia, la explotación y el abuso*, Ginebra, 2021. <https://www.onlinelibrary.ihl.org/wp-content/uploads/2021/12/2021-OIM-Manual-de-la-OIM-sobre-protecci%C3%B3n-y-asistencia-para-personas-migrantes-vulnerables.pdf> [recuperado el 10 de octubre de 2024].
- OIM, “Seis datos sobre la relevancia penal de la trata de personas”, 2020 <https://colombia.iom.int/es/news/6-datos-relevantes-sobre-la-trata-de-personas-en-colombia> [recuperado el 30 de enero de 2025].
- OIM, “Tráfico ilícito de migrantes”, *OIM. ONU Migración. Oficina Regional para América Latina y el Caribe*, 23 de diciembre de 2021. <https://lac.iom.int/es/trafico-ilicito-de-migrantes>
- OIT, Organización Internacional del Trabajo, “Módulo 1. Marco conceptual del delito de trata y delitos conexos”, *Curso de especialización en materia de trata de personas, con un enfoque especial en trata de niñas, niños y adolescentes*, Perú, 2022. <https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-09/Mo%CC%81dulo%201%20-%20Marco%20conceptual%20del%20delito%20de%20trata%20y%20delitos%20conexos.pdf> [recuperado el 1 de febrero de 2025].
- RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea, “Migración y género: realidades y perspectivas de futuro”, *Revista Paradigma*, núm. 32, vol. 1, 2023, pp. 2–49. <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/3224> [recuperado 20 de enero de 2025].
- SAMPÓ, Carolina y Valeska TRONCOSO, “El caso del Tren de Aragua: tráfico de migrantes y transnacionalización del crimen organizado”, *Periódico UNAL*, 22 de noviembre de 2024. <https://periodico.unal.edu.co/articulos/el-caso-del-tren-de-aragua-trafico-de-migrantes-y-transnacionalizacion-del-crimen-organizado> [recuperado el 6 de febrero de 2024].
- UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Alcance del tráfico ilícito transcontinental de migrantes desde Asia Meridional hacia Norteamérica*,

- Viena, 2023. https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2023/New_publications/Other_languages/Assessment_Report_FINAL_1_ESPANOL.pdf [recuperado el 20 de enero de 2025].
- UNODC, *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia y sus Protocolos*, Nueva York: Naciones Unidas, 2004.
- UNODC, Delincuencia organizada transnacional. <https://www.unodc.org/toc/es/crimes/migrant-smuggling.html> [recuperado el 26 de enero de 2025].
- UNODC, *Dimensión del delito de tráfico de migrantes en Colombia: realidades institucionales, legales y judiciales*, Bogotá. https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/Agosto/Investigacion_trafico_migrantes.pdf [recuperado el 1 de febrero 2025].
- UNODC, “El delito”. <https://www.unodc.org/unodc/es/human-trafficking/crime.html> [recuperado el 1 de febrero de 2025]
- UNODC, Manual para la lucha contra la trata de personas, 2007. https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf [recuperado el 9 de octubre de 2024].
- UNODC, *Protección de los derechos de migrantes objeto de tráfico ilícito*, Viena, 2019. https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_2_-_E4J_SOM_ES_FINAL.pdf
- UNODC, *Tráfico ilícito de migrantes*, Austria, 2009. https://www.unodc.org/documents/publications/Trafico_ebook.pdf [recuperado el 20 de diciembre de 2024].
- UNODC, “Tráfico ilícito de migrantes: la dura búsqueda de una vida mejor”, *Delincuencia organizada transnacional: Acabemos con este negocio*. <https://www.unodc.org/toc/es/crimes/migrant-smuggling.html> [recuperado el 14 de enero de 2025].
- UNODC, *Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. Diferencias y similitudes*, Viena, 2019. https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_11_-_E4J_TIP-SOM_ES_FINAL.pdf [recuperado el 22 de enero de 2025].
- UNODC, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Nueva York: Naciones Unidas, 2007. https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf [recuperado el 3 de febrero].

Regulación moral en adolescentes que han cometido el delito de robo

Moral Regulation in Adolescents Who Have Committed the Crime of Theft

• **Winter Edgar Reyna Cruz** •

Estudiante de doctorado en Psicología Social y Ambiental en la Facultad de Estudios Superiores Iztacala de la Universidad Nacional Autónoma de México.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8873-5911>

psicologo.winter.reyna@gmail.com

• **Alba Luz Robles Mendoza** •

Profesor-investigador titular A de tiempo completo definitivo de la Facultad de Estudios Superiores Iztacala de la Universidad Nacional Autónoma de México.

gmoralesc@unam.mx

• **Germán Morales Chávez** •

Profesor-investigador titular A de tiempo completo definitivo de la Facultad de Estudios Superiores Iztacala de la Universidad Nacional Autónoma de México.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7336-5743>

gmoralesc@unam.mx

Regulación moral en adolescentes que han cometido el delito de robo

Moral Regulation in Adolescents Who Have Committed the Crime of Theft

- Winter Edgar Reyna Cruz • Universidad Nacional Autónoma de México •
- Alba Luz Robles Mendoza • Universidad Nacional Autónoma de México •
- Germán Morales Chávez • Universidad Nacional Autónoma de México •

Fecha de recepción
19-03-2025

Fecha de aceptación
28-03-2025

Resumen

En México ha aumentado la participación de adolescentes en delitos de robo, lo que significa implementar programas de prevención del delito. Se presenta un estudio cuasiexperimental *pretest-posttest* con grupo control, en el que adolescentes en riesgo fueron expuestos a una de tres formas distintas de regulación moral: advertencia, prescripción y justificación. Se observó que, en el *posttest*, la regulación moral incrementó la elección de devolución y redujo la de robo; además, que la advertencia promovió que ningún participante eligiera ninguna opción de robo y que las mujeres seleccionaran más la devolución. Se concluye que los programas sobre fortalecimiento de valores y normas sociales en adolescentes son importantes.

Palabras clave

Robo, regulación moral, adolescentes, prevención del delito, psicología jurídica.

Abstract

The participation of adolescents in theft crimes has increased in Mexico, which means implementing crime prevention programs. A pretest-posttest quasi-experimental study was conducted with a control group, in which at-risk adolescents were exposed to one of three different forms of moral regulation: warning, prescription and justification. The results showed that, in the posttest, the moral regulation increased the choice of return and reduced the choice of theft, with warning being the one that promoted that no participant chose any option of theft and that women had a greater increase in the choice of return. It is concluded that programs on strengthening values and social norms in adolescents are important.

Keywords

Theft, moral regulation, adolescents, crime prevention, legal psychology.

Sumario

1. Introducción. / 2. Método. / 3. Resultados. / 4. Discusión y conclusiones. / 5. Referencias.

1. Introducción

En México se ha apreciado, al pasar de los años, un incremento de la participación de adolescentes¹ en hechos tipificados como delitos.² En este contexto, las estadísticas apuntan a que el robo, en sus diferentes manifestaciones, es el delito que comete con mayor frecuencia esta población; incluso, es el delito que más se realiza por primera vez,³ y la Ciudad de México y el Estado de México, los estados en los que se aprecia el mayor número de adolescentes que lo llevan a cabo.⁴

Esta situación se ha considerado alarmante, debido a que la participación de un o una adolescente en actividades delictivas, como el robo, es un indicador de que el país atraviesa por una desestructuración social que no está garantizando los derechos sociales y humanos de este sector poblacional.⁵ Lo anterior es importante si se considera que en México se debe asegurar el sano desarrollo y supervivencia del adolescente, dado que es uno de sus derechos primordiales.⁶

Por estas razones, se han puesto en marcha estrategias gubernamentales cuyo objetivo es la atención de poblaciones de adolescentes que se encuentren en riesgo de involucrarse en la comisión del delito de robo para orientarlos hacia el fortalecimiento de valores y normas sociales. Dentro de estas estrategias preventivas, se encuentran los programas a modo de talleres, pláticas o

1 De acuerdo con la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, México, 16 de junio de 2016, *Diario Oficial de la Federación*, art. 3: un adolescente es una “persona cuya edad está entre los doce años cumplidos y menos de dieciocho”.

2 Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, “Incidencia delictiva del fuero común 2024”, *Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana*, 2024. <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-del-fuero-comun-nueva-metodologia?state=published>

3 Elena Azaola, *Diagnóstico de las y los adolescentes que cometen delitos graves en México*, México: UNICEF, 2015. https://www.unicef.org/mexico/spanish/Diagnostico_adolescentes_web.pdf

4 Reinserta un Mexicano, A. C., *Estudio de factores de riesgo y victimización en adolescentes que cometieron delitos de alto impacto social*, México: Reinserta, 2018. <https://reinserta.org/>

wp-content/uploads/2023/10/Estudio_riesgo_2018_20nov18_compressed.pdf

5 José Javier Niño Martínez, Abraham Osorio Ballesteros, Felipe González Ortiz, “Prevención del delito en adolescentes en el Estado de México. La idea de riesgo y el sistema de preceptorías”, *Intersticios sociales*, núm. 16, septiembre, 2017, pp. 255-290. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-49642018000200255&lng=es&nrm=iso

6 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNA), *Diario Oficial de la Federación*, México, 2014, última reforma del 27 de mayo de 2024.

intervenciones que se basan en la educación moral y el desarrollo de valores y actitudes favorables hacia conductas prosociales que disminuyan el robo.⁷

Estas estrategias enfocadas en la educación moral y puestas en marcha por el Gobierno tienen mucho sentido, dado que existen investigaciones nacionales e internacionales que han documentado el papel que juega la moral del adolescente en la comisión del acto de robo,⁸ ya sea porque postulan que el deficiente desarrollo moral del adolescente facilita la comisión de este,⁹ o bien, porque

el adolescente emplea mecanismos morales justificatorios de sus actos delictivos.¹⁰

En términos generales, la moral es entendida como el conjunto de creencias y valores, así como de actos valorantes y valorativos que conforman el sistema moral o la moralidad de las personas y que guían su comportamiento en relación con otras personas en circunstancias más o menos definidas, de acuerdo con lo que consideran correcto, incorrecto, aceptable e inaceptable. En este sentido, la educación moral no es otra cosa que el proceso en que otras personas regulan moralmente el comportamiento de un individuo, con base en lo que en un grupo social se considera adecuado o correcto para que este pueda convivir en sociedad.¹¹

Es importante mencionar que, al margen de la postura de la que se parta, desde la psicología, se concibe que las personas se desarrollan moralmente aprendiendo valores de lo que es bueno, malo, adecuado, inadecuado, ajustado o desajustado, gracias a los agentes regulatorios con los que se relacionan.¹² Estos agentes regulatorios no son

7 Secretaría de Seguridad del Estado de México, “Programas de prevención”, *Gobierno del Estado de México*, 2024. https://sseguridad.edomex.gob.mx/programas_de_preencion y Secretaría de Seguridad Ciudadana de la Ciudad de México, “Subsecretaría de Participación Ciudadana y Prevención del Delito”, *Ciudad de México. Capital de la Transformación*, 2024. <https://www.ssc.cdmx.gob.mx/organizacion-policial/subsecretaria-de-participacion-ciudadana-y-prevencion-del-delito>

8 Laura Férriz Romeral, Jorge Sobral Fernández, José Gómez Fragueta, “Moral Reasoning in Adolescent Offenders: A Meta-Analytic Review”, *Psicothema*, vol. 30, núm. 3, pp. 289-294. <https://doi.org/10.7334/psicothema2017.378>; Mariana Saramago, Jorge Cardoso, Isabel Leal, “Predicting Sexual Offenders’ Specialization/Versatility: The Role of Impulsivity and Moral Reasoning”, *Sexual Abuse*, vol. 32, núm. 8, diciembre de 2020, pp. 986-1011. <https://doi.org/10.1177/1079063219878164>, y Miguel Basto-Pereira y David Farrington, “Advancing Knowledge About Lifelong Crime Sequences”, *The British Journal of Criminology*, vol. 59, agosto, 2018, pp. 354-377. <http://dx.doi.org/10.1093/bjc/azy033>

9 Eugene E. Fodor, “Delinquency and Susceptibility to Social Influence Among Adolescents

as a Function of Level of Moral Development”, *The Journal of Social Psychology*, vol. 86, núm. 2, abril, 1972, pp. 257-260. <https://doi.org/10.1080/00224545.1972.9918626>

10 Albert Bandura, “Moral Disengagement in the Perpetration of Inhumanities”, *Personality and Social Psychology Review*, vol. 3, núm. 3, 1999, pp. 193-209. https://doi.org/10.1207/s15327957pspr0303_3

11 Pablo Malo Ocejo, *Los peligros de la moralidad*, Barcelona: Deusto, 2021.

12 María de Lourdes Rodríguez Campuzano, “La dimensión moral de la conducta desde una perspectiva interconductual”, *Acta Comportamental*, vol. 3, núm. 1, junio 1995, pp. 55-69.

más que personas significativas que regulan moralmente el comportamiento de otro individuo (por ejemplo, una mamá, para sus hijos e hijas), tomando en cuenta las prácticas ideológicas de un grupo social particular (familia, comunidad, amistades).¹³

La regulación moral proviene de las diferentes maneras en que se organizan las condiciones en las que se explicitan normas o ejemplos para promover que las personas se comporten acorde a ellas y, eventualmente, formen su sistema de creencias para regular su comportamiento en otras situaciones donde ya no hay normas explícitas.¹⁴ De esto se desprende que se considere a la moral como la expresión individual de la ideología social.¹⁵

Hasta el momento, no hay investigaciones que estudien sistemáticamente qué formas de regulación moral son más efectivas para promover el desarrollo de valores prosociales que culminen en la reducción de actos delincuenciales de robo en adolescentes o, incluso, en la prevención del delito; esto permitiría contar con datos que coadyuven al diseño de programas de reintegración o de pre-

vención del delito en población adolescente y enfocados en la educación moral.

Sin embargo, un estudio que evaluó distintas maneras de regulación moral y sus efectos sobre la reducción del reporte de robo y el incremento del reporte de devolución en población adolescente, fue el realizado por Reyna y Morales;¹⁶ en él participaron 56 adolescentes que asistían a una institución de reintegración social del Estado de México, quienes fueron asignados a uno de cuatro grupos: *advertencia* (GA), *indicación* (GI), *prescripción* (GP) y *control* (GC). En el *pretest* y *postest* se presentaron situaciones hipotéticas en las que era posible que los participantes eligieran opciones de respuesta sobre robar el objeto o devolverlo. En los resultados, estos autores reportaron que el modo *prescripción* (GP) redujo en mayor medida el reporte de elección de robo, mientras que el modo *advertencia* (GA) incrementó los reportes de elección de devolución.

El estudio anterior resulta relevante debido a que los resultados pueden ser útiles para el diseño de programas de reintegración social con adolescentes que han cometido robo. No obstante, es necesario realizar investigaciones similares con esta población etaria que se encuentre en condiciones de riesgo de cometer tal delito. Ello permitirá diseñar posteriormente programas de prevención del robo fundamentados en la educación moral para el desarrollo de valores prosociales.

¹³ Eugenio Díaz-González, María de Lourdes Rodríguez Campuzano, Luis Martínez, Carlos Nava, "Análisis funcional de la conducta moral desde una perspectiva interconductual", *Revista Electrónica de Psicología*, vol. 7, núm. 4, diciembre, 2004, pp. 129-155. <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rep/article/view/21674>

¹⁴ María de Lourdes Rodríguez Campuzano, *El análisis contingencial. Metodología para el ámbito profesional*, México: UNAM-Facultad de Estudios Superiores Iztacala, 2023.

¹⁵ Emilio Ribes Iñesta, *El estudio científico de la conducta individual. Introducción a la teoría de la psicología*, México: Manual Moderno, 2018.

¹⁶ Winter Edgar Reyna Cruz, Germán Morales Chávez, "Modos de regulación moral del comportamiento: sus efectos sobre el reporte de elección de robo o devolución", *XXXII Congreso Mexicano de Análisis de la Conducta*, Hermosillo-Sonora, México, 18-20 de octubre de 2023.

En atención a lo anterior, el presente estudio comprende una réplica del estudio de Reyna y Morales, aplicado con adolescentes considerados población en riesgo delictivo. Esta investigación tuvo como objetivo evaluar los efectos de tres formas de regulación moral, en las que se implementaron valores prosociales favorables hacia la devolución y desfavorables hacia el robo, sobre la reducción de la elección de robo y el incremento de la elección de devolución.

2. Método

El estudio presenta un diseño cuasiexperimental *pretest-posttest* con grupo control, en el que participaron 94 adolescentes, 50 mujeres y 44 hombres de una edad de entre 12 y 17 años, de cuatro instituciones de educación pública de nivel básico (secundaria) y nivel medio superior (preparatoria), del Estado de México y de la Ciudad de México. Dichos adolescentes fueron identificados como “problemáticos” y en riesgo por sus respectivas instituciones educativas. Los participantes fueron seleccionados mediante un muestreo no probabilístico por conveniencia y fueron asignados aleatoriamente a uno de cuatro grupos: tres de intervención y un grupo control.

A cada adolescente se le explicaron los fines de la investigación y se le invitó a participar de manera voluntaria. Asimismo, se les proporcionó el consentimiento informado a ellos y a sus padres, para que aprobaran su participación en el estudio. Una vez seleccionados los participantes, se les otorgó un QR que, al escanear con sus celulares, los dirigía al instrumento de situaciones hipotéticas. Cada participante lo contestó en su propio teléfono móvil. Esta sesión tuvo una duración de entre 5 y 10 minutos.

El instrumento elaborado por Reyna y Morales,¹⁷ el cual se empleó para la evaluación *pretest* y *posttest*, presenta cinco situaciones hipotéticas distintas; en cada una se describen escenarios cotidianos en los que alguna persona pierde algún objeto de valor. Después de cada situación hipotética, aparecen cuatro opciones de respuesta, de las cuales el participante debe elegir una en función de lo que él o ella haría. Las opciones de respuesta tienen que ver con quedarse el objeto (*r*), quedárselo bajo ciertas condiciones (*co*), dejar el objeto donde está (*o*) o devolver el objeto (*d*). Tal instrumento fue aplicado mediante un formulario en *Google Forms*. Se presenta un ejemplo de reactivo a continuación:

Estás en la calle y una persona frente a ti está usando su celular. Cuando la persona se retira, se le cae su celular y no se da cuenta. Nadie más lo ha notado y nadie está observando. La persona dueña del celular ya ha avanzado algunos metros sin percatarse de que no lo lleva consigo. Entonces tú:

- (*r*) Tomas el celular discretamente y te retiras de la situación.
- (*co*) Tomas el celular y esperas unos minutos a que regrese la persona; si no regresa, te lo quedas.
- (*o*) Dejas el celular donde está y te retiras de la situación.
- (*d*) Tomas el celular y alcanzas a la persona para entregárselo.

Después de contestar el instrumento en el *pretest*, los participantes fueron asignados aleatoriamente a uno de cuatro grupos: *advertencia* (GA), *indicación* (GI), *prescripción* (GP)

¹⁷ *Ibidem*.

y control (GC). De tal suerte, los grupos quedaron conformados de la siguiente forma: GA 21 participantes (12 hombres y 9 mujeres); GI 26 participantes (11 hombres y 15 mujeres); GP 30 participantes (14 hombres y 16 mujeres); y GC 17 participantes (7 hombres y 10 mujeres).

En el caso de los grupos GA, GI y GP, en ellos fue implementada alguna forma de regulación moral, mientras que en el GC, no. La forma de regulación de los tres primeros grupos fue distinta de acuerdo con la definición¹⁸ de los modos evaluados. En el GA se aplicó una forma de regulación moral por *advertencia*, que consiste en señalar las consecuencias que pueden ocurrir dada una forma particular de relacionarse en una situación (por ejemplo, decirle a un adolescente que lo pueden meter a la cárcel si roba). En el GI la regulación moral se instrumentó por *indicación* que implica señalar una opción sobre otra (por ejemplo, decirle al adolescente que, en vez de robar, devuelva lo que no es suyo). Para el grupo GP, la regulación moral se realizó por *prescripción*, que se relaciona con modelar o instruir la manera adecuada de relacionarse en una situación (por ejemplo, indicar al adolescente que si se encuentra algo que no es suyo, lo devuelva).

De esta manera, una vez asignados los participantes a cada uno de los grupos, se les proporcionó un enlace que los dirigía a un vídeo diferente, el cual observaron en su propio teléfono móvil; al final, aparecía una leyenda o frase a modo de valoración prosocial contraria a robar. En cada vídeo se podía observar a una persona a la que se le caía su celular o su cartera, sin embargo, lo que pasaba después de esa escena variaba en cada

grupo. El GA observaba personas quedándose el celular o la cartera, pero que recibían consecuencias, como amenazas de llevarlos con las autoridades; al final, aparecía la frase “Devuelve lo que no es tuyo; de lo contrario, te puede ir mal”. El GI, observaba personas que devolvían la cartera o el celular, pero también personas que se los quedaban; al final aparecía la frase: “No te quedes lo que no es tuyo, devuélvelo a su dueño”. El GP, después de la escena mencionada, mostraba a personas que devolvían la cartera o el celular y al final aparecía la frase: “Si no es tuyo devuélvelo a su dueño”. Finalmente, los participantes del GC observaron vídeos aleatorios que nada tenían que ver con los vídeos de los grupos experimentales. Esta fase tuvo una duración de 20 minutos.

Una vez terminada la fase de regulación moral, se proporcionó de nueva cuenta a los participantes un enlace que los mandaba al instrumento de situaciones hipotéticas para ser contestado en sus teléfonos móviles.

Para analizar los datos recabados, estos fueron capturados en el software IBM SPSS Statistics® versión 26, con el cual se hicieron los análisis descriptivos que se consideraron pertinentes para esta investigación:

- Porcentaje promedio de la frecuencia de respuesta a las opciones de robo y devolución del instrumento que se empleó en el *pretest* y *posttest*.
- Contraste de los resultados de cada uno de los grupos, en el cual se compara el porcentaje de elección de las opciones de robo y devolución.
- Aplicación de una *t de student* para muestras relacionadas para analizar si existían diferencias significativas en la elección de las opciones de devolución en cada uno de los grupos.

¹⁸ Rodríguez Campuzano, *El análisis contingencial...*, op. cit.

- Aplicación de una *t de student para muestras independientes* para contrastar si existían diferencias significativas en la elección de las opciones de devolución en el pretest entre hombres y mujeres de cada grupo.
- Finalmente, se aplicó una prueba *anova one way* para analizar si existían diferencias significativas en todos los grupos en los que se implementó algún modo de regulación moral.

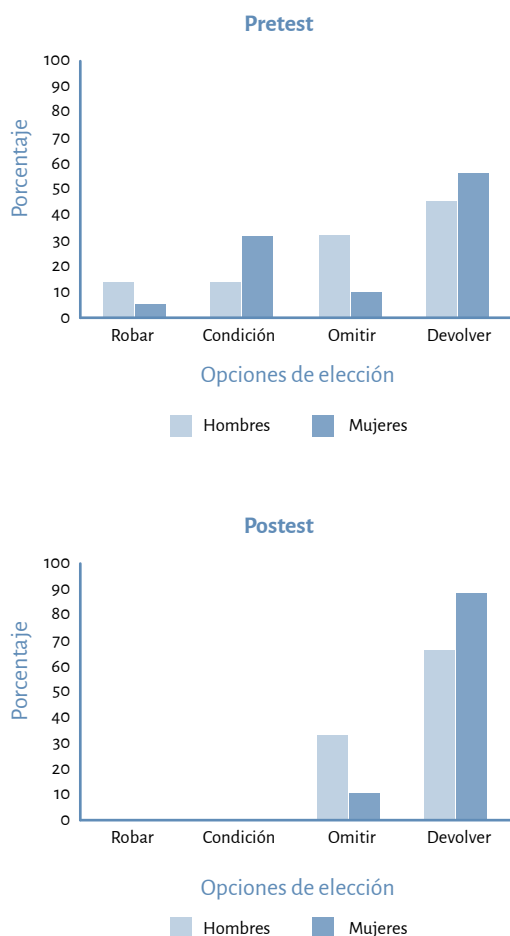
Toda la recolección, confidencialidad y protección de los datos recabados en esta investigación, así como los principios de autonomía, beneficencia y no maleficencia, fueron garantizadas a los participantes con fundamento en los artículos 3º, 27 y 28 de la Ley General Mexicana de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados.

3. Resultados

Se presentan los resultados en términos del porcentaje de elección en el *pretest* y *postest* de todos los grupos. Para obtener estos resultados, se calculó el porcentaje promedio en que los participantes de cada grupo eligieron las opciones de robo, condición, omisión y devolución en el *pretest* y en el *postest*. Para facilitar la presentación de estos resultados, se presentan diferenciados entre hombres y mujeres de cada grupo.

En primer lugar, en la Figura 1 aparecen los porcentajes de elección de los participantes del GA que fue el grupo en el que se implementó una forma de regulación moral por *advertencia*.

Figura 1. Porcentajes de elección de los participantes del GA en el *pretest* y *postest*



Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar en la Figura 1, en el *pretest* los hombres eligieron en un 13.33 % tanto las opciones de robo como las opciones de condición (quedarse con el objeto bajo ciertas circunstancias), mientras que las mujeres eligieron la opción de robo en un 4.44 % y la opción de condición en un 31.11 %. Sin embargo, en el *postest*, ni hombres ni mujeres eligieron, en ningún caso, alguna de estas opciones.

El GA fue el único grupo de los expuestos a algún modo de regulación moral en el que se observó que, en el *postest*, ninguno de los participantes eligió la opción de quedarse los objetos o de quedárselos bajo cierta condición. En cuanto a la opción de omisión, los hombres la seleccionaron en 31.67 % en el *pretest* y en un 33.33 % en el *postest*; las mujeres, por su parte, optaron por ella en un 8.89 % en la primera prueba y en un 11.11 % en la segunda. Con respecto a las opciones de devolución, fueron elegidas por los hombres en un 45 % en el *pretest* y en un 66.67 % en el *postest*. En cuanto a las mujeres, el 55.56 % escogió dichas opciones en el *pretest* y el 88.89 % en el *postest*.

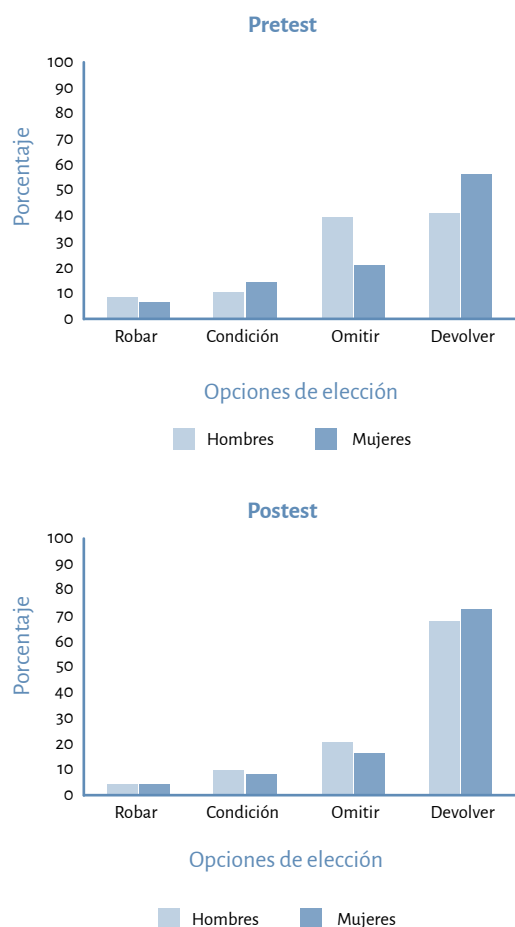
Como se puede apreciar en la Figura 1, en el grupo de *advertencia* (GA) se observa que, tanto en hombres como en mujeres, la elección de las opciones de devolución es mayor en el *pretest* y en el *postest* respecto de las otras alternativas; sin embargo, dicha preferencia es mucho mayor en el *postest* en el que, incluso, los participantes no eligieron ninguna de las opciones de robo.

En lo que respecta al GI, en el que se evaluó el modo de *indicación*, en la Figura 2 se puede apreciar el porcentaje de elección de los participantes para cada una de las opciones de respuesta en el *pretest* y en el *postest*.

En el GI se observó que hombres y mujeres redujeron en el *postest* el porcentaje de elección de las opciones de quedarse con los objetos de valor que se planteaba en las situaciones hipotéticas, es decir, disminuyó la preferencia por las opciones de robo y condición; sin embargo, seguían, aunque en menor medida, seleccionando dichas opciones.

En específico, los hombres del GI eligieron en el *pretest* en un 9.09 % las opciones de robo y en un 10.91 % las de condición; mientras que en el *postest* en un 3.64 % y en un 9.09 %, respectivamente. En el caso de las

Figura 2. Porcentajes de elección de los participantes del GI en el *pretest* y *postest*



Fuente: Elaboración propia.

mujeres, en el *pretest* el porcentaje de elección de las opciones de robo fue de 6.67 % y 14.44 %, la opción de condición; mientras que, en el *postest*, fue de un 4 % en las opciones de robo y 8 % para las de condición. Si bien se aprecia un decremento en dicho porcentaje, los participantes de este grupo aún elegían dichas opciones en el *postest*.

En las opciones de omisión, que se relacionan con no robar ni devolver el objeto de

cada situación, en el GI también se observó una reducción en el posttest del porcentaje de elección de los participantes de estas opciones (véase Figura 2). En el caso de los hombres, en el pretest 40 % optó por dichas opciones y 20 % en el posttest; las mujeres, por otra parte, la escogieron en un 21.33 % en la primera evaluación y en un 16 % en la segunda.

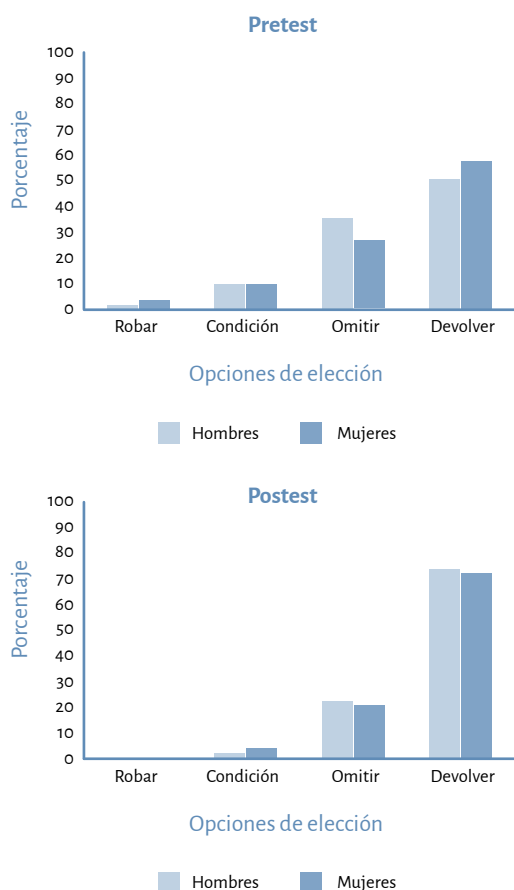
En lo concerniente a las opciones de devolución, se pudo apreciar en el GI un incremento en el *posttest* en cuanto a su porcentaje de elección tanto en hombres como en mujeres. Particularmente, los hombres pasaron de un 41.82 % de selección de las opciones de devolución en el pretest a un 67.27 % en el *posttest*, mientras que las mujeres pasaron de un 56 % a un 72 %.

Como se puede apreciar en la Figura 2, el grupo *indicación* (GI) también presenta un porcentaje de elección de las opciones de devolución en hombres y mujeres mayor con respecto de las otras, sobre todo en el *posttest*; sin embargo, a diferencia del grupo GA, los participantes aún continúan eligiendo las opciones que implicaban quedarse con un objeto de valor, es decir, las opciones de robo y condición.

Por otra parte, respecto del grupo en el que los participantes fueron expuestos a una regulación moral por *prescripción* (GP), en la Figura 3 se presentan los porcentajes de elección en el *pretest* y *posttest* para cada una de las opciones posibles.

Como se aprecia en dicha figura, en el *pretest* los hombres eligieron en un 1.43 % y las mujeres en un 3.75 % las opciones de robo; sin embargo, en el *posttest* ninguno de los participantes de este grupo seleccionó alguna de estas opciones. Por otra parte, en lo que respecta a las alternativas de condición, tanto hombres como mujeres las escogieron en un 10 % en el *pretest*, porcentaje que se redujo en el *posttest* a un 1.43 % en el caso de los hom-

Figura 3. Porcentajes de elección de los participantes del GP en el *pretest* y *posttest*



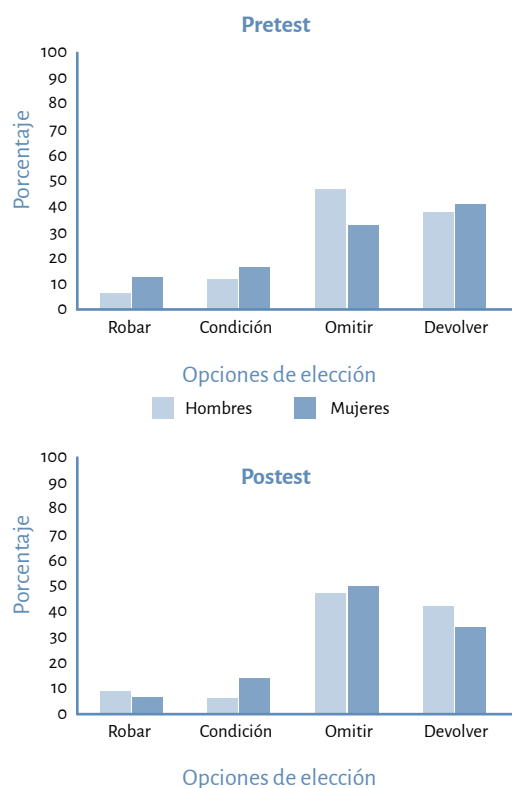
Fuente: Elaboración propia.

bres y a un 3.75 % en el de las mujeres. En lo relativo a las opciones de omisión, también se observó un decremento en su porcentaje de elección en la segunda prueba respecto de la primera, pues los hombres pasaron de un 35.71 % a un 22.86 %, mientras que las mujeres, de un 27.5 % a un 21.25 %. En el caso de las opciones de devolución, en el *posttest* se observó un incremento en el porcentaje de elección de estas opciones tanto en hombres como en mujeres. Los hombres pasaron de un 52.86 % en la primera prueba a un 75.71 % y las mujeres, de un 58.75 % a un 75 %.

En este grupo de *prescripción* (GP), al igual que en el de GA, se observó que en *postest* ningún participante eligió la opción de robo; sin embargo, a diferencia del GA, el GP continuó eligiendo alguna opción que implicaba quedarse los objetos que se planteaban en la situación; en este caso, la opción de condición que supone quedarse con los objetos bajo ciertas circunstancias. Pese a ello, e igual que en los otros grupos, se aprecia un incremento en la elección de las opciones de devolución.

Por último, en la Figura 4 se presentan los porcentajes de elección de los participantes del grupo control (GC) que, como se mencionó, fue el que no pasó por ningún modo de regulación moral para implementar valores prosociales.

Figura 4. Porcentajes de elección de los participantes del GC en el *pretest* y *postest*



Fuente: Elaboración propia.

En el GC, en cuanto a la elección de las opciones de robo, se aprecia un incremento en la elección de los hombres de este grupo en el *postest*: mientras que, en la prueba inicial, los hombres eligieron en un 5.71 % las opciones de robo, en la final las seleccionaron en un 8.57 %. En el caso de las mujeres de este grupo, se observa una reducción en la elección a dicha opción, pues pasaron del 12 % en el *pretest* a un 6 % en el *postest*.

En las opciones de condición, que también implican elegir apropiarse de los objetos que se plantearon en las situaciones hipotéticas, en el GC se observó una reducción en el porcentaje de elección: todos los participantes de este grupo decrementaron del 11.43 % a un 5.71 % en hombres y de 16 % a un 14 % en mujeres.

En las opciones de omisión, los hombres eligieron en la misma medida dicha posibilidad en el *pretest* y *postest* (45.71 % en ambos casos), mientras que las mujeres la eligieron en un 32 % en el *pretest*, cantidad que incrementó a un 48 % en el *postest*.

En cuanto a las opciones de devolución, únicamente en los hombres se observa un ligero aumento en el porcentaje de elección de estas opciones en el *postest* (del 37.14 % al 40 %), mientras que en las mujeres se aprecia un ligero decremento (del 40 % al 32 %).

Como se puede apreciar en la Figura 4, los porcentajes promedios de todos los participantes son muy semejantes, si bien existe un mayor porcentaje de elección en las opciones de omisión y devolución; en este grupo se apreció que los participantes eligen las opciones de quedarse con los objetos que se planteaban en las situaciones hipotéticas, es decir, las opciones de robo y condición.

Debido a que el interés del presente trabajo se centra en el establecimiento de valores prosociales que se traduzcan en el incremento de actos prosociales, como es el caso de la

devolución de las pertenencias a su dueño, se aplicó una prueba estadística para conocer si es significativo el incremento notorio en el porcentaje de elección de las opciones de devolución en el *postest* que se apreció en todos los grupos que fueron expuestos a un modo de regulación moral en el que se les hizo explícita alguna norma o valor prosocial.

Para finalizar con los análisis intragrupo, se aplicó la prueba *t de Student para muestras relacionadas*, con el fin de conocer si existieron diferencias significativas en el incremento en el porcentaje de elección de todos los grupos. Estos resultados se pueden observar en la Tabla 1.

Tal como se aprecia, el incremento que se observó en todos los grupos que pasaron

por un modo de regulación moral fue significativo tanto en hombres como en mujeres, pues se encontró una diferencia estadísticamente significativa en el *pretest* y *postest* en todos los grupos respecto de la elección de las opciones de devolución.

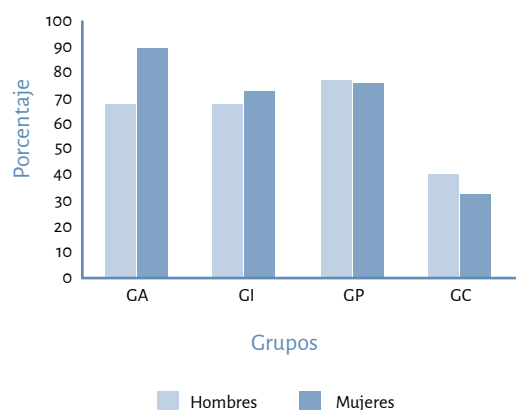
Ahora bien, además de conocer si los modos de regulación moral implementados tuvieron impacto, es importante para este trabajo conocer cuál modo (*advertencia, indicación o prescripción*) fue más efectivo que otros para incrementar la elección de las opciones de devolución. En atención a esto, en la Figura 5 se presentan los comparativos grupales, que distinguen entre hombres y mujeres, en cuanto al porcentaje de elección de las opciones de devolución en el *postest*.

Tabla 1. Resultados de la prueba *t de Student* para muestras relacionadas

Grupo	Sexo	Media <i>pretest</i>	Media <i>postest</i>	Valor de <i>t</i>	Significancia
GA	Hombres	45.00	66.67	-3.77	0.001
GA	Mujeres	55.56	88.89	-4.47	0.001
GI	Hombres	41.82	67.27	-3.13	0.005
GI	Mujeres	56.00	72.00	-1.82	0.044
GP	Hombres	52.86	75.71	-3.47	0.002
GP	Mujeres	56.75	75.00	-2.36	0.016
GC	Hombres	37.14	40.00	-0.19	0.426
GC	Mujeres	40.00	32.00	0.88	0.199

Nota: En negritas se resaltan los resultados significativos de la aplicación de la prueba. Fuente: elaboración propia

Figura 5. Comparaciones grupales del porcentaje de elección de las opciones de devolución en el *postest*



Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar en la Figura 5, todos los participantes de todos los grupos que fueron expuestos a una forma de regulación moral eligieron las opciones de devolución en el *postest* en más del 60 %; sin embargo, las mujeres del GA fueron quienes más aumentaron el porcentaje de elección de devolución, no solo en comparación con

los hombres de su grupo, sino, además, en comparación con hombres y mujeres de los demás grupos. Adicionalmente, las participantes mujeres del GA fueron las únicas cuyo porcentaje sobrepasó el 80 % de elección de dichas opciones (88.89 %).

Para conocer si este incremento en las participantes mujeres del GA fue significativo respecto de los hombres, así como si existieron diferencias importantes entre hombres y mujeres en el porcentaje de elección de las opciones de devolución en el *postest*, se aplicó una prueba *t de Student para muestras independientes*.

Como se puede apreciar en la Tabla 2, únicamente con las mujeres del GA se encontraron diferencias estadísticamente significativas respecto de los participantes hombres del mismo grupo ($t(16) = -2.11, p < 0.025$); en el resto de los grupos las diferencias entre hombres y mujeres no fueron significativas.

Por último, debido a que las mujeres del GA fueron quienes tuvieron el mayor incremento perceptible en el porcentaje de elección de las opciones de devolución respecto a los hombres de su mismo grupo y en com-

Tabla 2. Resultados de la prueba *t de Student* para muestras independientes

Grupo	Media <i>postest</i> hombres	Media <i>postest</i> mujeres	Valor de <i>t</i>	Significancia
GA	66.67	88.89	-2.11	0.025
GI	67.27	72.00	-0.42	0.335
GP	75.71	75.00	0.06	0.473
GC	40.00	32.00	0.51	0.309

Nota: En negritas se resaltan los resultados significativos de la aplicación de la prueba. Fuente: elaboración propia.

paración con hombres y mujeres de otros grupos, se aplicó una prueba *anova one way* para conocer si esta diferencia notoria era estadísticamente significativa. Sin embargo, no se encontraron diferencias significativas ($F(2,37) = 1.15, p < 0.327$) de este incremento respecto de las mujeres de los otros grupos.

Lo propio se realizó para conocer si existían diferencias significativas entre los hombres de todos los grupos, y tampoco se encontraron diferencias estadísticamente relevantes ($F(2,34) = 0.37, p < 0.689$).

4. Discusión y conclusiones

El objetivo del presente estudio fue evaluar los efectos de tres formas de regulación moral sobre la reducción de la elección de robo y el incremento de la elección de devolución en adolescentes que se encuentran en riesgo de cometer este delito. En atención a este objetivo, es importante resaltar y discutir los principales hallazgos de la investigación que se llevó a cabo. Cabe mencionar que, como este estudio es una réplica del realizado por Reyna y Morales,¹⁹ los resultados se discuten respecto de los hallazgos reportados por estos investigadores y la línea de investigación sobre regulación moral del comportamiento en la que se inserta su estudio.²⁰

Como primer dato relevante, se encontró que, en todos los grupos en los que se implementó un modo de regulación moral, se observaron efectos en el comportamiento de los participantes. Particularmente, se constató que todos los participantes de todos los

grupos que fueron sometidos a una regulación moral incrementaron su elección de las opciones de devolución de los objetos y redujeron su elección de las opciones de quedarse con estos.

Este dato concuerda con lo reportado por Reyna y Morales, puesto que, en su estudio, también indicaron que los grupos que recibieron una regulación moral incrementaron su elección de devolución y disminuyeron su elección de robo. De hecho, este dato concuerda, en general, con lo reportado dentro de la línea de investigación sobre regulación moral del comportamiento,²¹ en la que básicamente se ha señalado que exponer a los participantes a un modo de regulación parece suficiente para modificar moralmente su comportamiento.

Por supuesto, el dato anterior da pie a realizar investigaciones que consideren varios aspectos que permitan obtener información sobre el mantenimiento de estos efectos de la regulación moral a lo largo del tiempo y en condiciones en las que los seres humanos se relacionan con otros individuos; sin embargo, proporciona información relevante para poder plantear programas de prevención basados en la educación moral con adolescentes en riesgo de cometer el delito de robo.

Otro dato relevante fueron las diferencias observadas en el *postest* en los grupos que recibieron regulación moral. Si bien todos ellos incrementaron su elección de devolu-

¹⁹ Winter Edgar Reyna Cruz, Germán Morales Chávez, *op. cit.*

²⁰ Eugenio Díaz-González *et al.*, *op. cit.*

²¹ Ricardo Suárez, María de Lourdes Rodríguez, Antonio Rosales, “Efectos de la variación paramétrica de la intensidad de las consecuencias sobre la regulación moral del comportamiento”, *Acta Comportamentalia*, vol. 30, núm. 3, 2022, pp. 381-399. <https://www.revistas.unam.mx/index.php/acom/article/view/83224>

ción y decrementaron la elección de robo, lo cierto es que existen diferencias entre ellos. Estas se ubican en el incremento de la elección de las opciones de devolución, puesto que existieron grupos en los que dicha elección fue mayor a la de los otros grupos; por ejemplo, el GA respecto del GP y el GI. Asimismo, hubo diferencias en cuanto al decremento en la elección de las opciones de quedarse con los objetos; como fue el caso del GA, en el que ya no se seleccionó ninguna de esas opciones; o bien, el GP cuyo porcentaje de elección fue menor en comparación con el GI.

El dato anterior también concuerda con lo reportado por Reyna y Morales, en particular y en general, con los resultados reportados por la línea de investigación sobre regulación moral. En el caso del estudio de los primeros autores citados, ellos reportaron que existían diferencias en los grupos que recibieron regulación moral. De hecho, en su estudio también el grupo que fue regulado por *advertencia* (GA) fue el que incrementó en mayor medida la elección de devolución, en comparación con los otros grupos.

De igual manera, el grupo que fue sometido a una regulación por *prescripción* (GP) redujo en mayor medida la elección de robo en comparación con el grupo que recibió una regulación por *indicación* (GI).

Estas diferencias, en general, han sido explicadas en la línea de investigación de regulación moral, en tanto que diferentes formas de regulación moral producen efectos distintos en la ejecución de los individuos. Incluso se ha indicado que un área de investigación en la regulación moral es estudiar qué modos son más efectivos que otros para ciertos comportamientos en determinados ámbitos; así como el estudio de qué modos producen mayores efectos para promover actos o que se haga o produzca una conducta porque una norma indica lo que debe hacerse

(por ejemplo, “devuelve las pertenencias a su dueño”) o, por el contrario, que no se actúe o no se lleve a cabo o se omita una conducta porque una norma indica que no debe hacerse (por ejemplo, “no te quedes lo que no es tuyo”).

En el contexto anterior, destacan los resultados observados en el grupo que fue regulado por *advertencia* (GA). Como se mencionó, se observaron dos aspectos relevantes en este grupo. En primer lugar, que todos los participantes, tanto hombres como mujeres, incrementaron su elección de las opciones de devolución en el *posttest*; en segundo lugar, que fue el único grupo en el que los participantes no eligieron ninguna de las opciones de quedarse con los objetos que se planteaban en las situaciones (es decir, las opciones de robo y de condición). Este dato concuerda con lo encontrado por Reyna y Morales, quienes reportaron que el grupo en el que evaluaron el mismo comportamiento fue en el que el incremento de las opciones de devolución fue mayor en comparación con los otros grupos.

Este dato fue explicado por los autores aludiendo a que, en la *advertencia*, se indican las consecuencias negativas que se pueden obtener por hacer algo que no se debe realizar. Por esta razón, los autores expresan que en futuras investigaciones se podrían indagar los efectos de los modos de regulación moral que aluden a consecuencias (la *justificación* y la *sanción*) y comparar los efectos de cada uno de ellos con la *advertencia*.

Las únicas diferencias entre los hallazgos de esta y la de Reyna y Morales es que en esta se observó que los participantes de este grupo ya no eligieron las opciones de robo, mientras que en la de los autores citados los participantes sí continuaban seleccionando tales opciones.

Este dato se puede explicar dadas las diferencias en la población de ambos estu-

dios. Mientras que los participantes de Reyna y Morales fueron adolescentes que habían cometido robo, en esta investigación eran adolescentes en riesgo, por lo que el hecho de que estos no eligieran las opciones de robo puede deberse a que aún no tienen un historial delictivo, como en el caso de los participantes del estudio citado. De ser así, este dato proporciona información relevante sobre la prevención del delito, pues se logró que adolescentes en riesgo ya no optaran por indicar que se quedarían con los objetos de otras personas.

Otra diferencia entre este estudio y el de los autores anteriores es que en este se encontraron diferencias por sexo; la mayor fue la de las mujeres del GA en las que se observó más incremento en las opciones de devolución en comparación con los hombres de su mismo grupo y con hombres y mujeres de los otros grupos. Si bien este dato no es contrastable con el estudio de Reyna y Morales, debido a que ellos no realizaron análisis por sexo, invita a la realización de estudios en los que se hagan estas comparaciones y, en caso de encontrar diferencias entre hombres y mujeres, a que se proporcione una explicación desde una perspectiva de género.

Por otra parte, en lo que respecta al grupo que fue regulado moralmente por *prescripción* (GP), aunque en el *postest* ningún participante eligió la opción de robo, aún eligieron la opción de condición, que implicaba quedarse con los objetos que se planteaban en las situaciones hipotéticas bajo ciertas condiciones (por ejemplo, que el dueño no regresara por su pertenencia); sin embargo, el porcentaje de elección fue menor en comparación con el grupo GI. Este dato también concuerda con lo reportado por Reyna y Morales, cuyo respectivo grupo de GP redujo en mayor medida la elección de las opciones de robo en comparación con el GI. Estos autores

no explican a qué se debe este resultado, es decir, por qué la *prescripción* es más efectiva que la *indicación* para reducir la elección de las opciones de robo.

En el caso de esta investigación, este resultado se puede clarificar por las diferencias en la manera en que fueron implementadas las dos estrategias de regulación. Debido a que la *prescripción* implica modelar o instruir sobre lo que debe hacerse, a los participantes del GP se les ejemplificó en el vídeo lo que debían hacer (devolver las cosas a su dueño) y la frase del final prescribía lo que debía hacerse en esas situaciones; por el contrario, en tanto la *indicación* consiste en señalar una opción sobre otra, los participantes del GI observaron vídeos tanto de personas quedándose los objetos como de personas devolviéndolos y en la frase del final solo se indicaba que lo que tenían que hacer era devolver.

En atención a lo anterior, el que en el GI aún se eligieran las opciones de robo y condición, se puede explicar debido a que los participantes observaban que algo por lo que pueden optar en situaciones donde alguien pierde un objeto de valor es quedárselo, por lo que la norma al final del vídeo pudo no ser tan efectiva para algunos participantes. Esto puede dar pie a estudiar en futuros trabajos si la regulación moral es distinta cuando se modela o ejemplifica lo que tiene que hacerse o no hacerse en una situación, en comparación con situaciones en las que únicamente se proporcionan normas sobre ello.

Para finalizar, conviene señalar algunas limitaciones de este estudio que pueden ser subsanadas en investigaciones posteriores. En primer lugar, en este se trabajó con situaciones hipotéticas y se recogió el reporte de elección del participante entre un conjunto de opciones ya definidas; sin embargo, no se profundizó en el comportamiento del individuo en situaciones reales. En futuros trabajos

se pueden idear situaciones de evaluación donde se observe lo que hace el participante ante situaciones en las que alguien real pierda un objeto de valor y registrar, entre otras cosas, si devuelve los objetos o se los queda. Esta forma de evaluación aportaría más datos sobre los efectos de la educación moral en situaciones reales.

Por otra parte, la educación moral en esta investigación fue por medio de vídeos y frases, y la evaluación fue en un solo momento. Por lo tanto, pueden diseñarse, en otros estudios, formas de exposición a la regulación moral y evaluaciones más prolongadas para analizar de manera longitudinal el cambio en el comportamiento de los participantes durante la regulación moral, y el tiempo en que esta perdura en su comportamiento.

Adicionalmente, este estudio solo evaluó tres modos de regulación moral, por lo que se pueden realizar investigaciones donde se puedan contrastar otros modos y analizar cuáles son más efectivos para favorecer el aprendizaje de valores prosociales; por ejemplo, comparar la *advertencia* con la *sanción* y la *justificación*.

Por último, este estudio se centró en la apropiación de un objeto de valor que otras personas perdían u olvidaban, por lo que en futuras investigaciones se puede enfocar en el robo relacionado con el despojo de las pertenencias de otra persona de manera directa o indirecta. Esto proporcionaría aún más información para el diseño de programas de prevención del delito para adolescentes en riesgo delictivo.

Pese a las limitaciones mencionadas, este trabajo comprende un primer esfuerzo para contar con información que eventualmente sea la base para elaborar estrategias de educación moral que favorezcan el establecimiento de valores prosociales que se traduzcan en acciones benéficas para la sociedad

en la población adolescente, y así evitar que se sumen a las filas delictivas. Esto sería un indicador de que la sociedad mexicana está proveyendo a sus adolescentes de las condiciones necesarias para tener un sano desarrollo, tal como se ha establecido dentro de sus derechos fundamentales.²²

4. Referencias

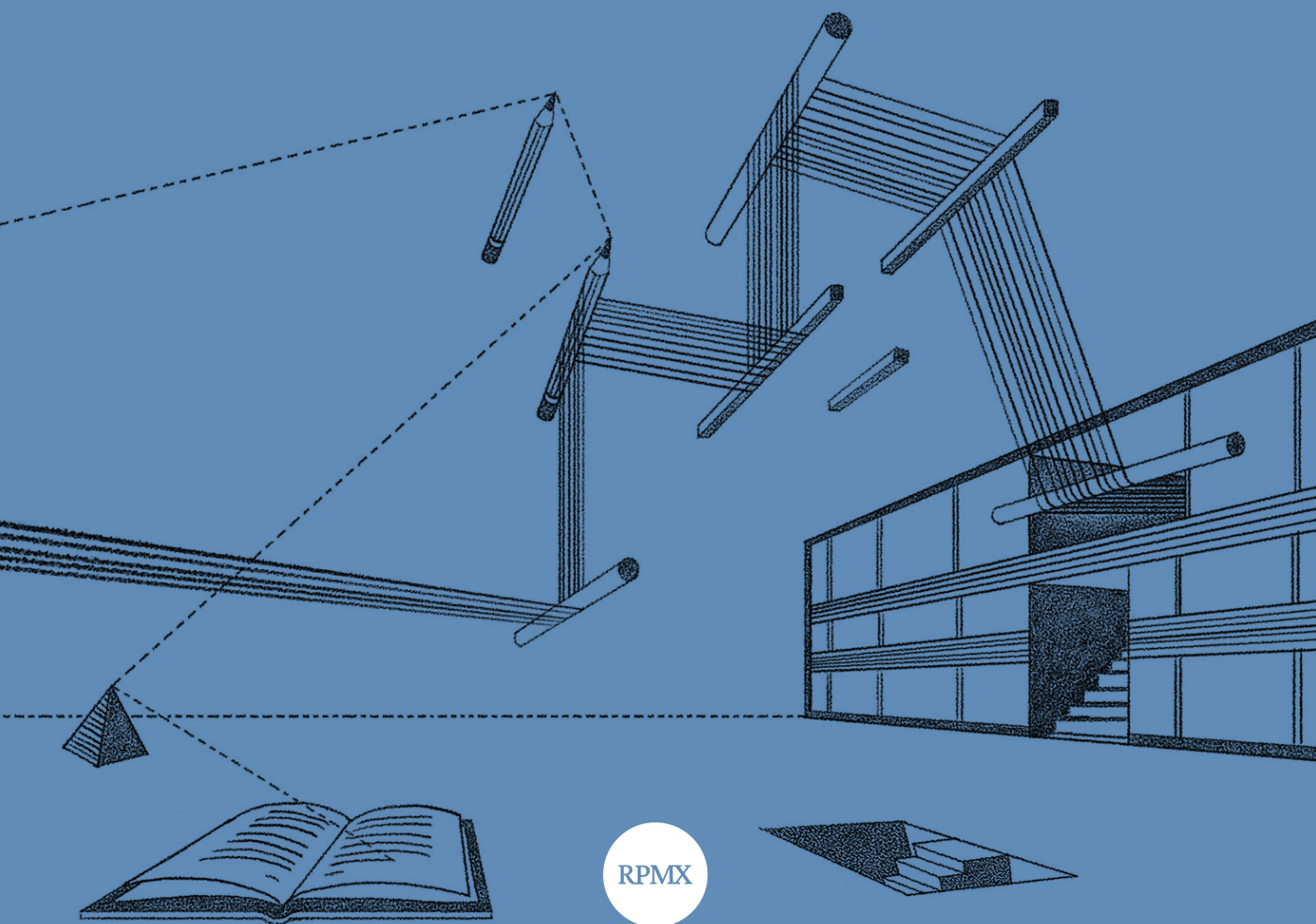
- AZAOLA, Elena, *Diagnóstico de las y los adolescentes que cometen delitos graves en México*, México: UNICEF, 2015. https://www.unicef.org/mexico/spanish/Diagnostico_adolescentes_web.pdf
- BANDURA, Albert, "Moral Disengagement in the Perpetration of Inhumanities", *Personality and Social Psychology Review*, vol. 3, núm. 3, 1999, pp. 193-209. https://doi.org/10.1207/s15327957pspr0303_3
- BASTO-PEREIRA, Miguel, David FARRINGTON, "Advancing Knowledge About Lifelong Crime Sequences", *The British Journal of Criminology*, vol. 59, agosto, 2018, pp. 354-377. <http://dx.doi.org/10.1093/bjc/azy033>
- DÍAZ-GONZÁLEZ, Eugenio, María de Lourdes RODRÍGUEZ CAMPUZANO, Luis MARTÍNEZ, Carlos NAVA, "Análisis funcional de la conducta moral desde una perspectiva interconductual", *Revista Electrónica de Psicología*, vol. 7, núm. 4, diciembre, 2004, pp. 129-155. <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rep/article/view/21674>

²² José Javier Niño Martínez, Abraham Osorio Ballesteros, Felipe González Ortiz, *op. cit.*

- FÉRRIZ ROMERAL, Laura, Jorge SOBRAL FERNÁNDEZ, José GÓMEZ FRAGUELA, “Moral Reasoning in Adolescent Offenders: A Meta-Analytic Review”, *Psicothema*, vol. 30, núm. 3, pp. 289-294. <https://doi.org/10.7334/psicothema2017.378>
- FODOR, Eugene M., “Delinquency and Susceptibility to Social Influence Among Adolescents as a Function of Level of Moral Development”, *The Journal of Social Psychology*, vol. 86, núm. 2, abril 1972, pp. 257-260. <https://doi.org/10.1080/00224545.1972.9918626>
- LGDNA: Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, *Diario Oficial de la Federación*, México, 2014, última reforma del 27 de mayo de 2024.
- LSNIPJA: Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, *Diario Oficial de la Federación*, México, 16 de junio de 2016, última reforma del 20 de diciembre de 2022.
- MALO OCEJO, Pablo, *Los peligros de la moralidad*, Barcelona: Deusto, 2021.
- NIÑO MARTÍNEZ, José Javier, Abraham OSORIO BALLESTEROS, Felipe GONZÁLEZ ORTIZ, “Prevención del delito en adolescentes en el Estado de México. La idea de riesgo y el sistema de preceptorías”, *Intersticios sociales*, núm. 16, septiembre, 2017, pp. 255-290. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-49642018000200255&lng=es&nrm=iso
- Reinserta un Mexicano, A. C., *Estudio de factores de riesgo y victimización en adolescentes que cometieron delitos de alto impacto social*, México: Reinserta, 2018. https://reinserta.org/wp-content/uploads/2023/10/Estudio_riesgo_2018_20nov18_compressed.pdf
- REYNA CRUZ, Winter Edgar, Germán MORALES CHÁVEZ, “Modos de regulación moral del comportamiento: sus efectos sobre el reporte de elección de robo o devolución”, *XXXII Congreso Mexicano de Análisis de la Conducta*, Hermosillo-Sonora, México, 18-20 de octubre de 2023.
- RIBES IÑESTA, Emilio, *El estudio científico de la conducta individual. Introducción a la teoría de la psicología*, México: Manual Moderno, 2018.
- RODRÍGUEZ CAMPUZANO, María de Lourdes, “La dimensión moral de la conducta desde una perspectiva interconductual”, *Acta Comportamentalia*, vol. 3, núm. 1, junio, 1995, pp. 55-69.
- RODRÍGUEZ CAMPUZANO, María de Lourdes, *El análisis contingencial. Metodología para el ámbito profesional*, México: UNAM-Facultad de Estudios Superiores Iztacala, 2023.
- SARAMAGO, Mariana, Jorge CARDOSO, Isabel LEAL, “Predicting Sexual Offender’s Specialization/Versatility: The Role of Impulsivity and Moral Reasoning”, *Sexual Abuse*, vol. 32, núm. 8, diciembre 2020, pp. 986-1011. <https://doi.org/10.1177/1079063219878164>
- Secretaría de Seguridad del Estado de México, “Programas de Prevención”, *Gobierno del Estado de México*, 2024. https://sseguridad.edomex.gob.mx/programas_de_prevenicion
- Secretaría de Seguridad Ciudadana de la Ciudad de México, “Subsecretaría de Participación Ciudadana y Prevención del Delito”, *Ciudad de México. Capital de la Transformación*, 2024. <https://www.ssc.cdmx.gob.mx/organizacion-policial/subsecretaria-de-participacion-ciudadana-y-prevencion-del-delito>

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, “Incidencia delictiva del fuero común”, *Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana*, 2024. <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-del-fuero-comun-nueva-metodologia?state=published>

SUÁREZ, Ricardo, María de Lourdes RODRÍGUEZ, Antonio ROSALES, “Efectos de la variación paramétrica de la intensidad de las consecuencias sobre la regulación moral del comportamiento”, *Acta Comportamental*, vol. 30, núm. 3, 2022, pp. 381-399. <https://www.revistas.unam.mx/index.php/acom/article/view/83224>



RPMX

- Universidad de Huelva • Universidad de Salamanca •
- Universidad Pablo de Olavide • Universidad de Castilla-La Mancha •
- Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal •



FGR
FISCALÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



INACIPE
INSTITUTO NACIONAL DE CENSOS Y MUESTRAS

INACIPE
49
AÑOS
1976 • 2025