

Revista Penal México

Número 28 —————
enero • junio 2026
ISSN: 2007-4700 —————
— e-ISSN: 3061-7324

TERCERA 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

Lcda. Ernestina Godoy Ramos
Fiscal General de la República
y Presidenta de la H. Junta de
Gobierno del INACIPE

Revista Penal México

DIRECTORES

Dr. Juan Carlos Ferré Olivé
Universidad de Huelva
Dr. Jorge Nader Kuri
Titular del Instituto Nacional
de Ciencias Penales

Instituto Nacional de Ciencias Penales

Dr. Sergio Suárez Daza
Secretario General Académico
Mtro. Fernando Espidio Gámez
Secretario General de Extensión

Equipo editorial

EDITOR RESPONSABLE
Mtro. Juan Carlos Gómez Espinoza

CUIDADO EDITORIAL
Lcda. Kayleigh Bistrain Alcázar
Gabriela Monserrat Espejo Pinzón
Nancy Roque Arellano

DISEÑO EDITORIAL
Lcdo. Daniel Leyte Muñiz
Lcda. Laura Ximena Sánchez García
José Antonio Guzmán Maldonado

Comité científico

Dr. Kai Ambos
Universidad Georg August de Gotinga
Dr. Luis Arroyo Zapatero
Universidad de Castilla-La Mancha
Dr. Andrés Baytelman
Baytelman Legal. Fraud, Forensics
and Compliance
Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre
Universidad de Salamanca
Dr. Miguel Bustos Rubio
Universidad UNIR, Madrid
Dr. Pablo Galain Palermo
Instituto Max Planck para el Derecho
Penal. Extranjero e internacional
Dr. José Luis González Cussac
Catedrático de la Universidad de Valencia
Dr. Carmen González Vaz
CUNEF Universidad, Madrid
Dr. José León Alapont
Universidad de Valencia
Dr. Víctor Manuel Macías Caro
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla
Dr. Francisco Muñoz Conde
Universidad Pablo de Olavide
Dr. Alberto Enrique Nava Garcés
Instituto Nacional de Ciencias Penales
Dr. Ulrich Sieber
Instituto Max Planck para el Derecho Penal
Extranjero e internacional
Dr. Manuel Vidaurri Aréchiga
Universidad de La Salle en León, Guanajuato

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

Dra. Sofía Magdalena Cobo Téllez
Justicia para adolescentes
Dr. Emilio Daniel Cunjama López
Criminología y victimología
Dr. Bernardino Esparza Martínez
Derecho penal electoral
Dr. Eric García López
Derecho, neurociencia y
psicopatología forense
Dr. Ricardo Gluyas Millán
Derecho penal económico -
prevención del delito
Dr. Eliseo Lázaro Ruiz
Criminalística y servicios periciales
Dr. Alberto Enrique Nava Garcés
Derecho procesal penal
Dra. Blanca Ivonne Olvera Lezama
Seguridad pública - feminicidio

Revista Penal México, año 15, núm. 28, 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, colonia Tlalpan Centro y demarcación territorial 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: 1541.

Impresa por la C. Noemí López Gallardo. Calle Fernando Ramírez 27, col. Obrera, demarcación territorial Cuauhtémoc, C.P. 06800, Ciudad de México. Este número se terminó de imprimir en enero de 2026 con un tiraje de 100 ejemplares.

Consignatario mercantil Armando Téllez Reyes (distribuidor). Calle Begonias 6A, col. Clavería, demarcación territorial 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

Ilustración de portada elaborada por Daniel Leyte.



Contenido

1

Cannabis: ¿legalización o prohibición? Perspectivas y desafíos en el contexto internacional

*Cannabis: Legalization or Prohibition?
Perspectives and Challenges in the International context*

• Alba Lancharro Castellanos •

pp. 1-34

2

Biopiratería en México: un análisis crítico de la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural

*Biopiracy in Mexico: A Critical Analysis of the Federal
Law for the Protection of Cultural Heritage*

• Rafael Lara Martínez •

pp. 35-64

3

**Normativa comunitaria y delito de trata de seres humanos en el Código Penal español.
Especial referencia a las necesidades de trasposición generadas por la Directiva 2011/36/UE y la Directiva (UE) 2024/1712**

EU Regulations and the Crime of Trafficking in Persons in the Spanish Criminal Code. Special Reference to the Transposition Requirements Generated by Directive 2011/36/EU and Directive (EU) 2024/1712

• Carmen López Peregrín •

pp. 65-108

4

Celeridad o justicia: Dinámicas de coerción, credibilidad e injusticia epistémica en el procedimiento abreviado en México

Speed or Justice: Dynamics of Coercion, Credibility, and Epistemic Injustice in Mexico's Trial Waiver System

• Héctor Alejandro Rodríguez Martínez •

pp. 109-130

5

Problemática en la persecución en la red de los delitos en la darknet

Challenges in the Online Investigation of Crimes on the Darknet

• Susana María Barón Quintero •

pp. 131-166

6

Mujeres, yihad y su controvertido regreso a Europa: una perspectiva jurídica

*Women, Yihad and their Controversial Return to Europe:
A Legal Perspective*

- Carmen González Vaz •

pp. 167-182

7

La conveniencia de tipificar en el derecho penal español un delito autónomo de usura: análisis comparado con el artículo 644 del Código Penal italiano

*The Convenience of Defining an Autonomous Offense
of Usury in Spanish Criminal Law: A Comparative Analysis
with Article 644 of the Italian Penal Code*

- Miguel Ángel Fernández-Salinero San Martín •

pp. 183-198

8

Sistemas de resarcimiento del daño en vía penal: fundamentos, modelos y perspectivas de reflexión

*The System of Restitution to the Victim in Criminal Law:
Basis, Models, and Points of Perspective for Reflection*

- José Antonio Posada Pérez •

pp. 199-224

**Prisión preventiva oficiosa y crímenes de lesa humanidad:
responsabilidad penal internacional de la judicatura mexicana**

*Pre-Trial Detention and Crimes Against Humanity: International
Criminal Responsibility from the Mexican Judiciary*

• Roberto Martínez Anzures •

pp. 225 - 246

Revista Penal México 28

• enero • junio 2026 •

e-ISSN: 3061-7324

1

Cannabis: ¿legalización o prohibición?

Perspectivas y desafíos en el contexto internacional

*Cannabis: Legalization or Prohibition?
Perspectives and Challenges in the International Context*

• **Alba Lancharro Castellanos** •

Investigadora predoctoral
Universidad Pablo de Olavide,
sevillaalbalancastel@gmail.com

Cannabis: ¿legalización o prohibición?
Perspectivas y desafíos en el contexto internacional

*Cannabis: Legalization or Prohibition?
Perspectives and Challenges in the International Context*

• Alba Lancharro Castellanos • Universidad Pablo de Olavide •

Fecha de recepción
07-10-2025

Fecha de aceptación
22-10-2025

Resumen

El debate sobre la legalización del cannabis frente a su prohibición ha adquirido una relevancia creciente en el panorama internacional, lo que refleja una profunda transformación en las políticas de drogas globales hacia las estrategias de descriminalización relacionadas con el cannabis, que buscan reducir su mercado ilícito y gestionar su consumo.

En este contexto, se requiere el diseño de marcos regulatorios robustos y eficaces que puedan manejar tanto las implicaciones sociales como las económicas del consumo legal de cannabis. Asimismo, se precisará una evaluación continua de las políticas implementadas para asegurar que cualquier cambio maximice los beneficios sociales y minimice los riesgos asociados.

Palabras clave

Cannabis, control de drogas, legalización, prohibición, mercado ilícito.

Abstract

The debate on the legalization of cannabis versus its prohibition has become increasingly relevant on the international stage, reflecting a profound transformation in global drug policies towards decriminalisation strategies related to cannabis, which seek to reduce its illicit market and manage its consumption.

In this context, robust and effective regulatory frameworks need to be designed to manage both the social and economic implications of legal cannabis consumption. Likewise, continuous evaluation of the policies implemented will be necessary to ensure that any changes maximise social benefits and minimise associated risks.

Keywords

Cannabis, drug control, legalization, prohibition, illicit market.

Sumario

1. Introducción.
2. Control de drogas: origen y evolución.
3. Concepto y normativa sobre cannabis.
4. Riesgos asociados al consumo de cannabis.
5. Estrategias de descriminalización de actividades vinculadas con el cannabis.
6. Consideraciones finales.
7. Referencias.

1. Introducción

En los primeros años del desarrollo de los Clubes Sociales de Cannabis (csc) en España, desde el movimiento pro-legalización se consideraba que el objetivo final era establecer un mercado para el cannabis similar al del alcohol o, en algunos aspectos, al del tabaco.¹ Los clubes se concebían como un modelo de transición, un puente hacia un mercado en el que no solo el consumo y la producción, sino también el comercio, fueran completamente legales. Sin embargo, a medida que los csc se han consolidado, ha surgido un debate dentro de estas asociaciones sobre si realmente un mercado abierto es mejor que el sistema de clubes de consumidores, y si se debe seguir abogando por equiparar el cannabis a otras drogas legales cuya regulación actual no nos convence.

Las sustancias psicoactivas más consumidas, como el alcohol, el tabaco y la cafeína, operan bajo un mercado dominado por grandes empresas, donde los precios bajos para los productores, el predominio de intermediarios y la búsqueda constante de beneficios han llevado a prácticas perjudiciales, como el

uso de aditivos cancerígenos en muchos cigarrillos. En este sistema, los consumidores tienen un papel pasivo, limitándose a decidir si compran o no. En cambio, en un csc, los socios tienen más derechos y capacidad de decisión sobre su consumo; son ellos quienes aprueban los balances económicos, la gestión y los presupuestos, y mantienen un control directo sobre la producción, desde la siembra hasta el producto final. Este contacto directo entre productores y consumidores facilita un equilibrio entre salarios justos y precios razonables. Además, en lugar de competir, los diferentes actores del proceso cooperan para obtener beneficios mutuos.

Es importante aclarar que desde la Federación de Asociaciones Cannábicas (FAC) no se apoya el modelo “holandés” basado en los *coffeeshops*, donde se permite la venta de pequeñas cantidades de hachís y marihuana. Este modelo presenta lagunas significativas y efectos secundarios indeseables, como el “turismo psicoactivo” que genera tensiones con países vecinos y problemas locales, o la “puerta trasera”, que permite la venta tolerada pero no el cultivo, y crea un mercado opaco sin control de calidad y con infiltración de organizaciones criminales. Algunos clubes han adoptado prácticas similares, comprando en el mercado negro y distribuyendo a sus socios sin transparencia sobre el cultivo, lo que abre la puerta al lucro encubierto. Por ello, desde la FAC se apuesta por un proceso

¹ Martín Barriuso Alonso, “Propuesta de modelo legal para el cannabis en el Estado español”, *Eguzkilore*, 2005, núm. 19, pp. 151 y ss.

transparente con un modelo de regulación integral que incluya la producción.

El presente estudio aborda la relación entre ideologías, modelos de control social y modelos regulatorios relacionados con el cannabis e identifica posibles vulnerabilidades en los diferentes modelos de regulación de sus usos. En particular, se ha buscado identificar las principales consecuencias psicosociales de la regulación del cannabis recreativo. Otro objetivo, con el fin de facilitar el debate, ha sido contribuir a la formulación de una postura sobre la regulación de los distintos usos de esta sustancia. Por último, se debe señalar que muchas de las cuestiones aquí tratadas únicamente se podrán abordar de forma general y preliminar, a partir de estudios adicionales para un análisis más detallado en la materia que nos interesa.

2. Control de drogas: origen y evolución

El enfoque prohibicionista y punitivo está intrínsecamente ligado a la noción de “guerra contra las drogas”, iniciada por Richard Nixon, presidente de los Estados Unidos desde 1969 hasta 1974. Esta estrategia se basó en la premisa de que el problema de las drogas se origina en la oferta y que para erradicarlo es necesario desmantelar los eslabones de su cadena logística, que incluyen producción, fabricación, suministro y tráfico. Por ende, la “guerra contra las drogas” se centra en acciones como la erradicación de cultivos, la captura de líderes de cárteles, el desmantelamiento de organizaciones criminales, la criminalización de todas las actividades relacionadas con las drogas —salvo aquellas para fines médicos o científicos— y el decomiso de sustancias. La estrategia también incluye el rechazo a cualquier iniciativa de legalización y la militarización de la lucha

contra el narcotráfico, lo que explica el uso de términos bélicos como guerra, lucha y combate.

En el continente americano ha desempeñado un papel crucial tanto en la consolidación del régimen internacional de fiscalización como en la implementación de la “guerra contra las drogas”. El crimen organizado produce y fabrica grandes cantidades de estupefacientes que son traficados hacia América del Norte y Europa. Esta actividad está acompañada de elevados índices de corrupción, blanqueo de capitales, violencia, muertes, pobreza, desigualdad y exclusión social, factores que facilitan la captación de personas vulnerables por parte de los cárteles de drogas. Además, en las últimas décadas se ha observado una creciente disponibilidad de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los mercados ilícitos, con un aumento en el número de usuarios. Entre los efectos adversos de esta guerra se encuentran altos niveles de arrestos de consumidores, en su mayoría pertenecientes a grupos desfavorecidos y minoritarios.

El enfoque prohibicionista de las convenciones de Naciones Unidas sobre drogas limita las actividades relacionadas con las sustancias controladas a fines estrictamente médicos y científicos. Esta perspectiva ha conducido históricamente a que las políticas públicas de los países signatarios sean predominantemente de carácter punitivo, con sanciones severas para quienes se involucren en actividades relacionadas con las drogas. Este enfoque no solucionó el problema global de las drogas y, además, generó una serie de consecuencias negativas. En América, mientras algunos países mantienen una postura prohibicionista, otros están implementando medidas de flexibilización que se enfocan en la protección del individuo desde una perspectiva de salud pública. Este cam-

bio de estrategia busca ofrecer soluciones innovadoras, basadas en la creencia de que los enfoques no punitivos están alineados con una visión de la problemática que prioriza al individuo y respeta sus derechos fundamentales.²

Dado que el enfoque prohibicionista no ha producido los resultados esperados, cada vez más países han adoptado las convenciones sobre drogas con un enfoque más flexible, basado en la salud pública y el pleno respeto a los Derechos Humanos. Este enfoque incluye políticas de despenalización y descriminalización de la tenencia de drogas para uso personal, especialmente del cannabis. Según la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), encargada de supervisar la aplicación de los tratados sobre drogas, la regulación del uso recreativo de cannabis representa una grave violación de las convenciones sobre drogas y una amenaza para la integridad del régimen internacional. De acuerdo con el artículo 2 de la Convención Única de Estupefacientes de 1961, las partes deberán prohibir la producción, fabricación, exportación, importación, comercio, posesión o uso de estupefacientes, salvo las cantidades necesarias para la investigación médica o científica.

Dentro del sistema internacional de control de drogas, el lugar del cannabis es, en esencia, un tema intrincado que suscita debate desde múltiples perspectivas. Es la droga ilegal más consumida globalmente y representa un desafío particular en la discusión sobre el modelo de control social del

consumo. Este desafío se agrava por la percepción de que el cannabis no provoca un daño significativo a la salud pública y presenta una peligrosidad comparable o inferior a la de otras sustancias legales. El debate gira en torno a la ineeficacia del modelo prohibicionista para alcanzar sus metas de reducción del tráfico y del consumo, y a la creciente aceptación de políticas de reducción de daños que priorizan la protección de la vida y la salud de los consumidores, así como la viabilidad de un modelo alternativo basado en el control administrativo. En el contexto de las políticas de reducción de daños y riesgos asociados al consumo, y dentro de un marco prohibicionista que no penaliza el consumo ni la posesión para consumo personal, emergen los clubes sociales de cannabis. Esto plantea la necesidad de investigar si se sanciona penalmente el consumo, la adquisición o la posesión de cannabis para uso personal.³

En cuanto al sistema de fiscalización de drogas en las Américas, se pueden identificar dos grupos de países en función de su legislación sobre drogas.

El primer grupo incluye países que imponen penas de prisión para todas las actividades relacionadas con las drogas, sin distinguir entre la tenencia para consumo personal y la tenencia con fines de tráfico. El segundo grupo está compuesto por países que distinguen entre la tenencia para consumo personal y la tenencia con intención de venta, y aplican penas más severas para el tráfico y sanciones

² Dave Bewley-Taylor y Martin Jelsma, “The UN Drug Control Conventions: The Limits of Latitude”, *IDPC Series on Legislative Reform of Drug Policies*, 2012, núm. 18, p. 1.

³ Juan Muñoz Sánchez, “La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis: Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial”, *RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, núm. 17-22, pp. 4 y ss.

menores para el consumo personal. Así, por ejemplo, en Guatemala y Barbados la legislación establece criterios diferenciados para la posesión según su finalidad.

La Ley contra la Narcoactividad de Guatemala establece un criterio específico para definir la posesión destinada al consumo personal, y aplica sanciones menores a esta categoría en comparación con las actividades relacionadas con el tráfico y la aplicación de penas correspondientes a la tenencia para uso personal si la droga incautada no supera una cantidad considerada razonable para el consumo inmediato. Además, el juez puede determinar si la cantidad incautada estaba destinada al consumo personal inmediato, siempre que no se presente evidencia de lo contrario.⁴

En Barbados también se aplican penas de prisión más leves para aquellos que posean drogas con fines de consumo personal. A diferencia de Guatemala, la legislación barbadense establece cantidades-umbral mediante una escala numérica, lo que permite diferenciar claramente entre la tenencia para uso personal y la tenencia con fines de tráfi-

co.⁵ Así, en el caso de posesión de cantidades superiores a las establecidas en la ley, consideradas para uso personal, el juez puede imponer una pena de hasta 20 años de prisión junto con una multa de hasta 223 056.45 € (500 000 dólares barbadenses).⁶

Tanto la Convención de 1961 —que constituye la piedra angular del régimen internacional de fiscalización de drogas— como el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 —ante los desafíos emergentes derivados del uso de drogas sintéticas— establecen que la Organización Mundial de la Salud (OMS), a través de su Comité de Expertos en Farmacodependencia (ECDD, por sus siglas en inglés: *Expert Committee on Drug Dependence*), evalúe las sustancias sujetas a fiscalización internacional o que podrían serlo y recomiende su clasificación en función de la evidencia sobre posibles riesgos para la salud de los consumidores y su utilidad médica.⁷ Además, cualquier Estado parte

4 En el artículo 39: “Posesión para el consumo” de la Ley contra la Narcoactividad de Guatemala explica que: “quien adquiera o posea para su propio consumo alguna de las drogas mencionadas en esta ley será sancionado con una pena de prisión que varía de cuatro meses a dos años, además de una multa que oscila entre 200 y 10 000 quetzales (entre 23, 29 y 1 164.37 €)”. Ley contra la Narcoactividad, decreto núm. 48-92, *Diario de CentroAmérica*, Guatemala, 24 de septiembre de 1992. https://www.congreso.gob.gt/assets/uploads/info_legislativo/decretos/1992/gtdcx51-1992.pdf

5 LOB: Laws of Barbados, “Trafficable Quantities of Specified Controlled Drugs”. Chapter 131. *Drug Abuse (Prevention and Control)*, Official Gazette, 1991, p. 49. [https://www.barbadoslawcourts.gov.bb/assets/content/pdfs/statutes/DrugAbuse\(PreventionandControl\)CAP131.pdf](https://www.barbadoslawcourts.gov.bb/assets/content/pdfs/statutes/DrugAbuse(PreventionandControl)CAP131.pdf). Las cantidades umbral definidas en ley son las siguientes: 15 g para cannabis o resina de cannabis, 1 g para THC, 1 g para cocaína, 2 g para heroína, 55 g para opio y 3 g para morfina.

6 LOB: Laws of Barbados, “Trafficable Quantities of Specified Controlled Drugs”. Chapter 131. *Drug Abuse (Prevention and Control)*, Official Gazette, 1991, p. 35. [https://www.barbadoslawcourts.gov.bb/assets/content/pdfs/statutes/DrugAbuse\(PreventionandControl\)CAP131.pdf](https://www.barbadoslawcourts.gov.bb/assets/content/pdfs/statutes/DrugAbuse(PreventionandControl)CAP131.pdf)

7 NU: Naciones Unidas, *Convenio sobre Sustan-*

puede proponer una reclasificación y, tras el examen correspondiente de una sustancia, el ECDD puede recomendar su inclusión en una lista diferente o su eliminación de las listas de control.⁸ Dicha recomendación se presen-

ta ante la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas (CND, por sus siglas en inglés: *Commission on Narcotic Drugs*) para que sea sometida a votación. En el caso de la Convención de 1961, se requiere una mayoría simple de los miembros de la CND para aprobar un cambio, mientras que las modificaciones a las listas del Convenio de 1971 requieren el apoyo de al menos dos tercios de los miembros. A primera vista, este proceso puede parecer relativamente sencillo, ya que la CND está compuesta por 53 Estados y no por todos los países que han ratificado los tratados. Esto significa que es innecesario alcanzar un consenso internacional completo para que una sustancia sea reclasificada o eliminada de las listas de control. Sin embargo, si la CND aprueba alguna modificación, cualquier Estado parte puede solicitar que la decisión sea revisada por el Consejo Económico y Social (ECOSOC), lo que requeriría una nueva votación mayoritaria para finalmente aprobar la recomendación. Por lo tanto, como señala Francisco Thoumi,⁹ es muy poco probable que se produzca una modificación radical en la clasificación del cannabis debido a la falta de un consenso general sobre la necesidad de cambios en su fiscalización internacional.

- 8** NU: Naciones Unidas, *Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas*. Viena: UN, 1971; NU: Naciones Unidas, *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*, 1972. https://www.incb.org/documents/Psychotropics/conventions/convention_1971_es.pdf. David R. Bewley-Taylor, “Challenging the UN drug control conventions: problems and possibilities”, *International Journal of Drug Policy*, 2003, vol. 14, núm. 2, pp. 174 y ss. [https://doi.org/10.1016/S0955-3959\(03\)00005-7](https://doi.org/10.1016/S0955-3959(03)00005-7); Francisco E. Thoumi, “La normatividad internacional sobre drogas como camisa de fuerza”, *Drogas en América Latina. Después de la guerra perdida, ¿qué?*, *Nueva Sociedad*, 2009, vol. 222, núm. 7, p. 50. https://static.nuso.org/media/articles/downloads/3620_1.pdf; Amira Armenta y Martin Jelsma, “Las convenciones de drogas de la ONU”, *Transnational Institute (TNI)*, 2015, pp. 22 y s. https://www.tni.org/files/publication-downloads/primer_unconventions_24102015-es.pdf; Dave Bewley-Taylor; Martin Jelsma; Steve Rolles y John Walsh, “La regulación del cannabis y los tratados de drogas de la ONU: Estrategias para la reforma”, *Centro Internacional de Derechos Humanos y Políticas de Drogas*. Ámsterdam: 2016, p. 11. https://biblioteca.clacso.edu.ar/Paises_Bajos/tni/20160719064219/la_regulacion_del_cannabis_y_los_tratados_de_drogas_web.pdf.

- 9** Francisco E. Thoumi, “Los sueños de reformar las políticas contra las drogas y el régimen internacional de control de drogas”, *OASIS: Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, 2011, núm. 16, Fundación Razón Pública, p. 5. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2347032

La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 incluyó el cannabis,¹⁰ junto con su resina,¹¹ así como sus tinturas y extractos, en la Lista I¹²—que abarca sustancias altamente adictivas y nocivas como la heroína y la cocaína—, y en la Lista IV¹³—que recoge

estupefacientes con escaso o nulo valor terapéutico y sujetos a todas las medidas de fiscalización aplicables—.

No obstante, en la reunión de la CND del 2 de diciembre de 2020, los 53 Estados miembros de la Comisión votaron (25 en contra, 27 a favor y 1 abstención)¹⁴ para eliminar el cannabis y su resina de la Lista IV de la Convención, manteniéndolos en la Lista I.

Aunque esta decisión reconoció las propiedades terapéuticas del cannabis para tratar afecciones como el dolor, la epilepsia y la espasticidad asociada a la esclerosis múltiple, la sustancia se mantuvo en la Lista I, lo

10 NU: Naciones Unidas, *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, 1972.* https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf. En el artículo 1, inc. b., menciona que: “En el contexto de la regulación y fiscalización de sustancias, por cannabis se entienden las sumidades, con fruto o floridas de la planta de cannabis, que no han sido sometidas al proceso de extracción de resina”.

11 NU: Naciones Unidas, *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, 1972.* https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf. En el artículo 1, inc. b., menciona que: “La “resina de cannabis” se refiere a la sustancia resinosa producida por las glándulas de la planta, que puede estar en su estado bruto o haber sido purificada”.

12 NU: Naciones Unidas, *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*. En las listas propuestas por las NU en la Convención, Nueva York: UN, 1961, de la Lista I a la IV, en la Lista I se incluyen: “aquellas sustancias que poseen características adictivas y presentan un alto riesgo de abuso, estando sujetas a todas las medidas de control establecidas para las drogas en virtud de la convención”.

13 NU: Naciones Unidas, *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*. Nueva York: UN, 1971. https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf.

Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf. La Lista IV se refiere a: “sustancias especialmente propensas al uso indebido y a la generación de efectos perjudiciales, cuya susceptibilidad no se compensa con beneficios terapéuticos significativos que no puedan encontrarse en otros estupefacientes fuera de esta Lista”.

14 NU: Naciones Unidas, “Informe sobre la continuación del 63er período de sesiones (2 a 4 de diciembre de 2020)”, Nueva York: UN, 2020, pp. 5 y ss. <https://undocs.org/es/E/CN.7/2020/L.1/Add.9>. “Por un lado, los países que emitieron un voto favorable fueron Canadá, Colombia, Croacia, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Francia, India, Italia, Jamaica, Marruecos, México, Nepal, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Alemania, Australia, Austria, Bélgica y Chequia. Por otro lado, los países que votaron en contra fueron China, Brasil, Turquía, Irán, Egipto, Cuba, Nigeria, Kazajstán, Argelia, Afganistán, Kirguistán, Iraq, Bahréin, Hungría, Perú, Togo, Burkina Faso, Libia, Kenia, Chile, Rusia, Japón, Costa de Marfil, Pakistán, y Turkmenistán. Ucrania, por su parte, se abstuvo de participar en la votación”.

que implica que sigue sujeta a estrictos controles debido a su potencial psicoactivo.

En este contexto, parece difícil que se logre el respaldo internacional necesario para retirar el cannabis y sus derivados de las listas de control de la Convención de 1961 y del Convenio de 1971¹⁵ en el corto o medio plazo,

aunque jurídicamente esta opción sea posible según el régimen internacional vigente. Durante la década de 1980, prevaleció la opinión de que la política sobre drogas había fracasado, lo que llevó a la ONU a insistir en la necesidad de intensificar la persecución penal del tráfico de drogas.¹⁶ Esta tendencia cul-

15 David R. Bewley-Taylor, “Challenging the UN drug control conventions: problems and possibilities”, *International Journal of Drug Policy*, 2003, vol. 14, núm. 2, pp. 174 y ss. [https://doi.org/10.1016/S0955-3959\(03\)00005-7](https://doi.org/10.1016/S0955-3959(03)00005-7); Francisco E. Thoumi, “La normatividad internacional sobre drogas como camisa de fuerza”, *Drogas en América Latina. Después de la guerra perdida, ¿qué?, Nueva Sociedad*, 2009, vol. 222, núm. 7, p. 50. https://static.nuso.org/media/articles/downloads/3620_1.pdf; Robin Room, Benedikt Fischer; Wayne D. Hall, Simon Lenton y Peter Reuter, *Cannabis Policy: Moving Beyond Stalemate*. Oxford: Beckley Foundation Press, 2010, p. 152. https://www.researchgate.net/publication/224886519_Cannabis_Policy_Moving_Beyond_Stalemate; Francisco E. Thoumi, “Los sueños de reformar las políticas contra las drogas y el régimen internacional de control de drogas”, *OASIS: Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, 2011, núm. 16, Fundación Razón Pública, pp. 3 y ss. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2347032; Amira Armenta y Martin Jelsma, “Las convenciones de drogas de la ONU”, *Transnational Institute (TNI)*, 2015, pp. 22 y s. https://www.tni.org/files/publication-downloads/primer_unconventions_24102015-es.pdf; Dave Bewley-Taylor, Martin Jelsma; Steve Rolles y John Walsh, “La regulación del cannabis y los tratados de drogas de la ONU: Estrategias para la reforma”, *Centro Internacional de Derechos Humanos y Políticas de Drogas*. Ámsterdam: 2016, p. 11. https://biblioteca.clacso.edu.ar/Paises_Bajos/tni/20160719064219/la_regulacion_del_cannabis_y_los_tratados_de_drogas_web.pdf

https://biblioteca.clacso.edu.ar/Paises_Bajos/tni/20160719064219/la_regulacion_del_cannabis_y_los_tratados_de_drogas_web.pdf; Martin Jelsma, Neil Boister, David Bewley-Taylor, Malgosia Fitzmaurice y John Walsh. “El equilibrio entre la estabilidad y el cambio: La modificación *inter se* de los tratados de fiscalización de drogas de la ONU para facilitar la regulación del cannabis. Informe sobre políticas 7”, *Observatorio Global sobre Políticas de Drogas (GDPO)*, *Transnational Institute (TNI) y Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA)*, 2018, p. 34. https://www.tni.org/files/publication-downloads/balancing_treaty_spanish_print_final.pdf

16 “Son dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptadas el 14 de diciembre de 1984 las que, principalmente, marcan el inicio de una nueva política de drogas y se fundamentan en la necesidad de implementar medidas renovadas en comparación con las adoptadas hasta ahora: la Resolución 39/141 (Campaña internacional contra el tráfico de drogas. Documento E/CN.7/1985/19 de 14 de enero de 1985. Consejo económico y social. Naciones Unidas) y la Resolución 39/142 (Declaración sobre la lucha contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas. Departamento de información pública. Naciones Unidas, abril de 1985). En Europa, el Informe Stewart-Clark de la Comisión de investigación del parlamento europeo de 1986 (Documento A 2-114-86, serie A, de fecha de 2 de octubre de 1986) reconoce que la política de drogas de la Comunidad

minó en la consolidación del sistema de control interestatal con la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988.¹⁷ Es importante destacar que el cannabis y sus productos están mencionados en las listas de las convenciones de 1961 y 1988,¹⁸ por lo que incluso si los países acordaran re-clasificar estas sustancias o eliminarlas de las listas, esta opción no resolvería completamente el problema.

Económica Europea ha sido inadecuada y que es necesario un cambio". Para más información acerca de las opiniones nacionales y e internacionales al respecto, véase José Luis Díez Ripollés, "La política de drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales: Evolución reciente", *ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pp. 348 y ss.

¹⁷ José Luis Díez Ripollés y Patricia Laurenzo Copello. *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tí-rant lo Blanch, 1993, pp. 770 y ss.

¹⁸ Dave Bewley-Taylor y Martin Jelsma, "The UN Drug Control Conventions: The Limits of Latitude", *IDPC Series on Legislative Reform of Drug Policies*, 2012, núm. 18, p. 17. <https://www.tni.org/files/download/dlri8.pdf>; Dave Bewley-Taylor, Martin Jelsma, Steve Rolles y John Walsh, "La regulación del cannabis y los tratados de drogas de la ONU: Estrate-gias para la reforma", *Centro Internacional de Derechos Humanos y Políticas de Drogas*. Ám-sterdam: 2016, p. 11. https://biblioteca.clacso.edu.ar/Paises_Bajos/tni/20160719064219/la_regulacion_del_cannabis_y_los_tratados_de_drogas_web.pdf

3. Concepto y normativa sobre cannabis

El cannabis es una droga extraída de la planta *Cannabis sativa*, cuyas hojas, tallos, flores o resinas se utilizan para producir marihuana y hachís, las drogas ilegales más consumidas a nivel mundial. La *Cannabis sativa* contiene más de 400 componentes químicos, que incluyen al menos 60 cannabinoides únicos, siendo el THC, el cannabidiol (CBD) y el can-nabinol los más destacados. El THC varía en concentración de acuerdo con el preparado y es el principal responsable de la mayoría de los efectos psicoactivos del cannabis. En comparación, el CBD es diez veces menos ac-tivo y tiene un perfil diferente, destacándose por sus propiedades ansiolíticas y sedantes.¹⁹

La marihuana se obtiene de las hojas se-cas y flores, mientras que el hachís proviene de la resina de las flores femeninas y su aceite es una forma concentrada de esta resina. De-bido a su apariencia similar a la del tabaco, la hierba de cannabis puede ser fumada (ya sea sola o mezclada con tabaco) o vaporizada mediante pipas o pipas de agua. Por otro lado, la resina de cannabis se fuma sola o mezcla-da con tabaco, aunque también se puede fumar en pipas de agua, vaporizar o ingerir. La quema del cannabis, junto con cualquier otra sustancia con la que se mezcle, produce una variedad de subproductos, como alqui-

¹⁹ Paolo Fusar-Poli, José A. Crippa, Sagnik Bhattacharyya, Stefan J. Borgwardt, Paul Allen, Rocio Martin-Santos, Marc Seal, Simon A. Surguladze, Colin O'Carrol, Zerrin Atakan, Antonio W. Zuardi, Phillip L. McGuire, "Dis-tinct Effects of $\Delta 9$ -Tetrahydrocannabinol and Cannabidiol on Neural Activation During Emotional Processing", *Archives of General Psychiatry*, 2009, vol. 66, núm. 1, pp. 95 y ss.

trán, monóxido de carbono, benceno y tolueno.²⁰ Diversos estudios han demostrado que el humo del cannabis es menos dañino que el del tabaco.^{21,22} No obstante, es razonable asumir que la inhalación de cualquier tipo de humo incrementa los riesgos para la salud de la garganta y los pulmones. Recientemente, ha cobrado relevancia el uso de productos concentrados de cannabis mediante cigarillos electrónicos o vaporizadores²³ (actividad

conocida como vapeo), dado que no produce humo, es inodoro y más fácil de ocultar. Además, los concentrados de cannabis también pueden mezclarse con alimentos o bebidas para su ingesta.²⁴

El THC figura en la Lista I del Convenio de 1971;²⁵ mientras que una formulación

20 Para consultar una lista clara con los distintos componentes químicos presentes en el humo de cannabis, véase: David Moir, William S. Rickert, Genevieve Levasseur, Yolande Larose, Rebecca Maertens, Paul White, Suzanne Desjardins, “A Comparison of Mainstream and Sidestream Marijuana and Tobacco Cigarette Smoke Produced under Two Machine Smoking Conditions”, *Chemical Research in Toxicology Journal*, 2008, vol. 21, núm. 2, pp. 494 y ss.

21 Sally E. Rooke, Melissa M. Norberg, Jan Cope-land y Wendy Swift, “Health outcomes associated with long-term regular cannabis and tobacco smoking”, *Addictive Behaviors*, 2013, vol. 38, núm. 6, pp. 2207 y ss.

22 Mark J. Pletcher, Eric Vittinghoff, Ravi Kalhan, Joshua Richman, Monika Safford, Stephen Sidney, Feng Lin y Stefan Kertesz, “Association between marijuana exposure and pulmonary function over 20 years”, *JAMA*, 2012, vol. 307, núm. 2, pp. 173 y ss.

23 Los estudios publicados sobre vaporizadores, principalmente en el contexto del uso medicinal del cannabis, han demostrado de manera convincente que el cannabis vaporizado proporciona los mismos niveles de ingredientes activos que cuando se fuma, pero sin la mayoría de los componentes perjudiciales presentes en el humo. Aunque estos elementos nocivos no se eliminan por completo; por ejemplo, la tos puede ocurrir

como consecuencia de la inhalación. En este sentido, Mitch Earlywine y Sara Smucker Barnwell, “Decreased respiratory symptoms in cannabis users who vaporize”, *Harm Reduction Journal*, 2007, vol. 4, núm. 11, pp. 1 y ss. <https://doi.org/doi:10.1186/1477-7517-4-11>; Arno Hazekamp, Renee Ruhaak, Lineke Zuurman, Joop Van Gerven y Rob Verpoorte, “Evaluation of a vaporizing device (Volcano®) for the pulmonary administration of tetrahydrocannabinol”, *Journal of pharmaceutical sciences*, 2006, vol. 95, núm. 6, pp. 1308 y ss. <https://doi.org/10.1002/jps.20574>

24 UNODC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Terminología e información sobre drogas*. 3^a edición. Nueva York: 2018, pp. 7 y ss. https://www.unodc.org/documents/scientific/Terminology_Spanish.pdf; EMCDDA: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, “Uso médico del cannabis y los cannabinoides: Preguntas y respuestas para la elaboración de políticas”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*. Luxemburgo: 2019, p. 10. https://www.euda.europa.eu/system/files/publications/10171/20185584_TDo618186ESN_PDF.pdf; DEA: Drug Enforcement Administration, “Drugs of Abuse: A DEA Resource Guide”, *U.S. Department of Justice*. Massachusetts: 2022, pp. 90 y ss. https://www.dea.gov/sites/default/files/2022-12/2022_DOA_eBook_File_Final.pdf

25 NU: Naciones Unidas, *Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas*. Viena; UN, 1971. <https://www.incb.org/documents/Psychotropics/>

farmacéutica del THC, el dronabinol (delta-9-THC), se encuentra clasificado en la Lista II de ese mismo tratado,²⁶ donde se aplican controles menos estrictos, lo que permite reconocer la utilidad médica del principal principio activo del cannabis.

Los efectos del THC se sienten casi inmediatamente al fumar y pueden durar entre dos y tres horas, mientras que la ingesta oral tiene un inicio más lento y una duración más prolongada. Tras la inhalación del cannabis, el humo es absorbido por los pulmones y el THC afecta al sistema nervioso central en menos de un minuto. En contraste, los efectos del cannabis ingerido a través de alimentos o infusiones suelen manifestarse entre 30 y 60 minutos después, y pueden durar entre 2 y 3 horas.²⁷ El THC es altamente soluble en

grasa y se transporta rápidamente al cerebro, donde tiende a acumularse y se elimina de forma muy lenta. Con una vida media de aproximadamente una semana, el organismo no logra eliminar más del 50 % del THC una semana después de su consumo. Así, incluso si una persona consume cannabis solo los fines de semana, el THC no se elimina por completo entre sesiones, acumulándose en el cerebro y prolongando sus efectos.²⁸

La cocaína y la heroína, junto con el cannabis y las anfetaminas (ATS), forman el núcleo de la lucha antidroga internacional y del Informe Mundial sobre Drogas de las Naciones Unidas —que se publica anualmente—. El término cannabis abarca una variedad de productos derivados de la planta e incluye la resina (hachís), la hierba (marihuana) y otros como aceite y polen. La hierba se compone de material seco de la planta, mientras que la resina proviene de las secreciones resinosas.

conventions/convention_1971_es.pdf. Según el artículo 7 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 menciona que: “se prohíbe todo uso de sustancias en la Lista I, excepto el uso científico y médico autorizado”. La inclusión del THC en la Lista I permitía su uso en investigaciones médicas, pero impedía su desarrollo y comercialización para preparados farmacéuticos.

²⁶ JIFE: Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, “Lista de sustancias sicotrópicas sometidas a fiscalización internacional de conformidad con el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971”, *Lista Verde*, Anexo del informe estadístico anual sobre las sustancias sicotrópicas (formulario P), 2023, pp. 5 y ss. <https://www.incb.org/documents/Psychotropics/forms/greenlist/2024/2311984S.pdf>

²⁷ Héctor Hernán Bernal Contreras, “Las Sustancias Químicas y el Tráfico de Estupefacientes”, *República de Colombia*, 2005, p. 167. http://www.mamacoca.org/docs_de_base/

Cifras_cuadro_mamacoca/DNE_sustancias_quimicas_y_trafico_de_estupefacientes_2005.pdf; EMCDDA: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, “Uso médico del cannabis y los cannabinoides: Preguntas y respuestas para la elaboración de políticas”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*. Luxemburgo: 2019, p. 10. https://www.euda.europa.eu/system/files/publications/10171/20185584_TDo618186ESN_PDF.pdf

²⁸ OEDA: Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones, “Monografía Cannabis. Consumo y consecuencias”, *Ministerio de Sanidad*. Madrid: Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (DGPNSD), 2022, p. 126. https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/pdf/2019-20_Informe_EDADES.pdf

La producción de cocaína y heroína requiere el procesamiento y refinamiento de las materias primas derivadas de las plantas correspondientes. En contraste, la mayoría de los productos derivados del cannabis, como la marihuana y el hachís, se obtienen directamente de la planta y están, en su mayor parte, listos para el consumo humano y su distribución en el mercado ilegal sin necesidad de procesamiento adicional.²⁹

El debate sobre los enfoques para abordar el problema mundial de las drogas debe tener en cuenta la estructura y evolución del Régimen Internacional de Control de Drogas (RICD). Desde su creación, las tres convenciones³⁰ de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en las que se fundamenta este régimen, que cuentan con una adhesión casi universal, han perseguido dos objetivos principales: establecer medidas de control internacionales —y así poder garantizar la disponibilidad adecuada para fines médicos y científicos— y prevenir su uso indebido y el desvío de sustancias hacia canales ilegales, lo que incluye disposiciones sobre tráfico y consumo. No obstante, ni la Convención de 1961 ni el Convenio de 1971 imponen a los países signatarios la obligación de tipificar el uso de drogas como un delito. Estas convenciones

no mencionan el uso de drogas en sus disposiciones penales, encontrándose las mismas en los artículos 36 y 22 respectivamente.

De manera más específica, el artículo 36.1 de la Convención de 1961,³¹ modificado por el Protocolo de 25 de marzo de 1975, impone a los Estados partes la obligación de sancionar penalmente con castigos adecuados el cultivo, la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la posesión, la oferta de venta, la distribución, la compra, la venta, el despacho, el corretaje, la expedición, el transporte, la importación y la exportación de estupefacientes. Similarmente, el artículo 22 del Convenio de 1971 señala que, conforme a la constitución de cada Estado, todo acto en contravención de las leyes o reglamentos establecidos en cumplimiento de dicho Convenio debe ser considerado un delito intencional y que los delitos graves deben ser sancionados adecuadamente, preferiblemente con penas privativas de libertad.³²

A pesar de esta normativa, cabe destacar que en ningún momento se establece en los tratados que el uso de drogas sea considerado un delito grave. El artículo 36 de la Convención Única menciona la posesión de drogas como una acción que debe ser penalizada si se comete intencionalmente. Sin embargo, algunos expertos señalan que existe una distinción significativa entre la posesión para uso personal y la posesión con intención de

29 Dirk J. Korf, “Marijuana behind and beyond coffeeshops”. En Tom Decorte, Gary Potter y Martin Tom Decorte; Gary W. Potter y Martin Bouchard (eds.), *World Wide Weed: Global trends in cannabis cultivation and its control*. Farnham: Ashgate, 2011, pp. 181 y ss.

30 La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, la Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

31 En su redacción inicial, el art. 36 de la Convención Única de estupefaciente de 1961 llevaba por rúbrica “Medidas contra los traficantes ilegales”.

32 NU: Naciones Unidas, *Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas*, Viena: 1971, art. 22.1, inc. a. https://www.incb.org/documents/Psychotropics/conventions/convention_1971_es.pdf

venta.³³ Esta distinción está respaldada por los comentarios oficiales de la ONU sobre la Convención de 1961, que enfatizan que el primer párrafo del artículo 36 busca combatir el tráfico ilícito y no necesariamente el consumo no autorizado.³⁴ Dado que las disposiciones penales de la Convención están dirigidas a combatir el tráfico ilícito de drogas,³⁵ una interpretación teleológica sugiere que la posesión para consumo personal queda excluida de estas sanciones.

De acuerdo con estos comentarios, los gobiernos de los Estados partes tienen la opción de abstenerse de imponer penas de prisión en casos de posesión para consumo per-

sonal sin autorización legal,³⁶ mientras que la posesión destinada a la distribución debe ser castigada con encarcelamiento u otras penas privativas de libertad.³⁷ De modo que la Convención de 1961 establece una distinción nítida entre la posesión de estupefacientes para uso personal —para la cual los gobiernos tienen la discreción de no imponer penas de prisión— y la posesión con fines de venta —que debe estar sujeta a penas de prisión—.³⁸

El Convenio de 1971 sigue de cerca el enfoque de la Convención de 1961, pero con ligeras modificaciones.³⁹ La entrada en vigor de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 introduce una regulación más extensa y detallada, con nuevas modalidades de-

33 NU: Naciones Unidas, *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*, 1972, art. 36.1, inc. a. https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf; Dave Bewley-Taylor y Martin Jelsma, “The UN Drug Control Conventions: The Limits of Latitude”, *IDPC Series on Legislative Reform of Drug Policies*, 2012, núm. 18, p. 6. <https://www.tni.org/files/download/dlr18.pdf>

34 NU: Naciones Unidas, *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs 1961*. Nueva York: 1973, p. 428. https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Commentary_on_the_single_convention_1961.pdf

35 Kai Ambos y Noelia Trinidad Nuñez, “Marco jurídico internacional en materia de drogas. Estado actual y desafíos para el futuro”. En Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Marie-Christine Fuchs (coords.), *Drogas ilícitas y narcotráfico: nuevos desarrollos en América Latina*. Madrid: Fundación Konrad Adenauer, 2017, p. 28.

36 NU: Naciones Unidas. *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs 1961*. Nueva York: 1973, p. 113. https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Commentary_on_the_single_convention_1961.pdf

37 NU: Naciones Unidas, *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*, 1972, art. 36.1, inc. a. https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf

38 EMCDDA: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, *Illicit Drug Use in the EU: Legislative Approaches*. Lisboa: 2005, p. 6. https://www.euda.europa.eu/system/files/publications/367/TP_IllicitEN_64393.pdf

39 Dave Bewley-Taylor y Martin Jelsma, “The UN Drug Control Conventions: The Limits of Latitude”, *IDPC Series on Legislative Reform of Drug Policies*, 2012, núm. 18, pp. 5 y ss. <https://www.tni.org/files/download/dlr18.pdf>

lictivas.⁴⁰ El artículo 3.1 de la Convención de 1988 estipula que los Estados deben tipificar como delitos, si se cometan intencionalmente, una serie de actividades relacionadas con el tráfico de drogas, incluyendo la posesión con fines de tráfico. El artículo 3.2 amplía esta obligación a la posesión, adquisición y cultivo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas para consumo personal.⁴¹ No obstante, se establece una cláusula de escape en este artículo 3 que permite a los Estados adaptar la criminalización de estas conductas referidas al consumo personal a los principios constitucionales y conceptos fundamentales de su orden jurídico.

Este margen considerable de flexibilidad se traduce en que los países pueden apelar a su normativa interna para excusarse de pe-

nalizar dichas acciones y optar por enfoques menos punitivos y más centrados en la salud pública, siempre y cuando se ajusten a su normativa interna. La inclusión de esta cláusula de salvaguardia permite a los Estados implementar políticas de drogas menos rigurosas si sus constituciones lo permiten, de este modo evitan la criminalización excesiva del consumo personal de drogas. Esto significa que los Estados no estarían en contravención de la Convención si sus tribunales determinan que la criminalización del consumo personal es inconstitucional y, por ende, la legislación nacional no considera que la posesión para uso personal constituya un delito.⁴² Ahora bien, las actividades relacionadas con el tráfico ilícito no cuentan con la cláusula de escape mencionada y tienen que ser obligatoriamente tipificadas como delitos en la legislación nacional.⁴³

De modo que, para distinguir entre las disposiciones del artículo 3.1 y el artículo 3.2 de la Convención de 1988, los Estados deben establecer mecanismos que permitan identificar si el cultivo, la posesión y/o la adquisición de sustancias tienen como objetivo el tráfico ilícito o el consumo personal. La diferenciación clave entre las actividades relacionadas con el consumo personal (artículo 3.2) y aquellas vinculadas al tráfico ilícito (ar-

40 Kai Ambos y Noelia Trinidad Nuñez, “Marco jurídico internacional en materia de drogas. Estado actual y desafíos para el futuro”. En Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Marie-Christine Fuchs (coords.), *Drogas ilícitas y narcotráfico: nuevos desarrollos en América Latina*. Madrid: Fundación Konrad Adenauer, 2017, p. 35.

41 El artículo 3 “Delitos y Sanciones” de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 prácticamente repite las disposiciones del artículo 36 de la Convención Única de 1961, con términos más amplios, añadiendo en el segundo párrafo que: “cada Estado parte, respetando sus principios constitucionales y conceptos fundamentales de su orden jurídico, tomará las medidas necesarias para tipificar como delitos penales, de acuerdo con su legislación interna, la posesión, adquisición o cultivo intencionado de estupefacientes y sustancias psicotrópicas destinados al consumo personal”.

42 Dave Bewley-Taylor y Martin Jelsma, “The UN Drug Control Conventions: The Limits of Latitude”, *IDPC Series on Legislative Reform of Drug Policies*, 2012, núm. 18, pp. 6 y ss. <https://www.tni.org/files/download/dlr18.pdf>

43 EMCDDA: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, *Illicit Drug Use in the EU: Legislative Approaches*. Lisboa: 2005, p. 6 y ss. https://www.euda.europa.eu/system/files/publications/367/TP_IllicitEN_64393.pdf

tículo 3.1) radica en el propósito del acto, el cual no siempre es fácil de determinar. Con el fin de aclarar esta cuestión, el artículo 3.3 se aplica exclusivamente a las conductas establecidas en el primer párrafo de ese artículo, y no a las acciones mencionadas en el segundo párrafo. Asimismo, establece que la intención, el conocimiento o el fin requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo (es decir, el tráfico ilícito) podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Por lo tanto, si la prueba del dolo del infractor es complicada, la normativa internacional deja a las Partes la calificación del delito, lo que permite a los Estados abordar el problema según lo consideren más adecuado en función de su sistema jurídico interno.

En concordancia con esto, Krzysztof Krajewski sostiene que, según la letra de la Convención de 1988, aunque la posesión, compra o cultivo de drogas para consumo personal deben ser tipificados como delitos, estos pueden ser tratados internamente como contravenciones o infracciones administrativas, siempre que los principios constitucionales o el Derecho interno de un Estado lo permitan.⁴⁴

La referida distinción implica que las acciones relacionadas con el uso personal (posesión, adquisición y cultivo) no están sujetas a muchas de las sanciones establecidas en la Convención de 1988, que están dirigidas a delitos de tráfico ilícito. Estas sanciones incluyen la necesidad de establecer una

jurisdicción competente sobre el delito,⁴⁵ la asistencia judicial recíproca durante investigaciones, actuaciones y procesos en sede judicial,⁴⁶ la extradición⁴⁷ y la remisión de actuaciones penales,⁴⁸ entre otras cuestiones.⁴⁹

Del artículo 3 de la Convención de 1988 se puede argumentar que no es necesario incluso enjuiciar las acciones relacionadas con el consumo personal de drogas basándose en principios de interés público o conveniencia.⁵⁰ Tanto la descriminalización como la

44 NU: Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas con inclusión del Acta Final y de las resoluciones aprobadas por la Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, así como de los cuadros anexos a la Convención*, 1988. https://www.incb.org/documents/PRECURSORS/1988_CONVENTION/1988Convention_S.pdf

45 *Ibidem.*

46 *Ibidem.*

47 *Ibidem.*

48 EMCDDA: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, “The role of the quantity in the prosecution of drug offences”, *European Legal Database on Drugs: ELDD Comparative Study*, 2003, pp. 4 y s. <https://www.euda.europa.eu/system/files/media/publications/documents/10503/Quantities.pdf>

49 EMCDDA: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, *Illicit Drug Use in the EU: Legislative Approaches*. Lisboa: 2005, p. 8. https://www.euda.europa.eu/system/files/publications/367/TP_IllicitEN_64393.pdf; Dave Bewley-Taylor, Martin Jelsma, “The UN Drug Control Conventions: The Limits of Latitude”, *IDPC Series on Legislative Reform of Drug Policies*, 2012, núm. 18, p. 6. <https://www.tni.org/files/download/dlr18.pdf>

44 Krzysztof Krajewski, “How flexible are the United Nations drug conventions?”, *International Journal of Drug Policy*, 1999, vol. 10, núm. 4, pp. 334 y s.

despenalización de la tenencia de drogas para consumo personal pueden coexistir de manera armónica dentro del marco del régimen internacional de fiscalización de drogas.⁵¹

La teoría de la política prohibicionista, establecida por los Convenios Internacionales mencionados, se ha extendido a las legislaciones de los países firmantes. Sin embargo, la implementación para enfrentar el consumo de cannabis varía significativamente entre países. A modo de ejemplo, tanto Estados Unidos como los Países Bajos han firmado estos acuerdos internacionales sobre estupefacientes, pero sus enfoques difieren notablemente. En Estados Unidos, la política es notablemente estricta y punitiva frente al cannabis. En contraste, Países Bajos ha adoptado un enfoque más tolerante hacia esta sustancia, especialmente con relación al uso del cannabis en determinados contextos como los *coffeeshops*. Estos “cafés” dominan el mercado a pesar de mantener precios comparables a los del mercado ilegal en países vecinos.⁵²

pdf; Vendula Belackova, Alison Ritter, Marian Shanahan y Caitlin E. Hughes, “Assessing the concordance between illicit drug laws on the books and drug law enforcement: Comparison of three states on the continuum from “decriminalised” to “punitive””, *International Journal of Drug Policy*, 2017, vol. 41, pp. 148 y ss. <https://doi.org/10.1016/j.drugpol.2016.12.013>

51 Krzysztof Krajewski, “How flexible are the United Nations drug conventions?”, *International Journal of Drug Policy*, 1999, vol. 10, núm. 4, pp. 335.

52 Harry Gene Levine, “Prohibición global de drogas —las variedades y usos de la prohibición de las drogas en los siglos XX y XXI—”. En Xabier, Arana Berastegi, Sebastian Schee-

Según el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT) —EMCDDA por sus siglas en inglés: *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*—, en 2011, el precio promedio del cannabis por gramo en los “cafés” holandeses era de 9.7-5.9 € (importado) o 9.3 € (producción nacional), mientras que en Bélgica era aproximadamente 7.5-8 € y en Alemania variaba entre 7.2 y 8.9 €.⁵³ Los vendedores de cannabis ilegal en los Países Bajos no han logrado reducir los precios lo suficiente para contrarrestar los beneficios adicionales que ofrecen los “cafés”. Además, los niveles de uso de cannabis en los Países Bajos siguen siendo similares a los de los países vecinos.

4. Riesgos asociados al consumo de cannabis

La percepción del riesgo asociado al consumo de cannabis juega un papel crucial en la regulación de sus usos. La percepción de que el consumo de cannabis puede ser problemático para la salud ha aumentado significativamente en los últimos años.

Así, en España, en 2020, el 85.3 % de las personas consideraba que el consumo de cannabis una vez por semana o más podría causar problemas serios de salud, frente al 81.5 % registrado en 2018. En cuanto al con-

rer y Douglas Husak (coords.). *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, Derechos Humanos y reducción de riesgos*. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 67 y ss.

53 EMCDDA: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, *Statistical Bulletin*, 2013. <https://www.emcdda.europa.eu/stats13#display:/stats13/ppptab1a>

sumo esporádico, el porcentaje se mantuvo bastante estable, con un 66.3 % de las personas que creen que el consumo ocasional podría ser perjudicial para la salud.⁵⁴

El consumo responsable de cannabis se define como:

Aquel en el que, dadas las características del consumidor, la sustancia y el contexto, se utiliza una dosis y frecuencia adecuadas para obtener los beneficios deseados sin provocar efectos negativos. Un usuario que actúa con responsabilidad mantiene el control sobre el uso del cannabis, minimizando o evitando consecuencias negativas para sí mismo y su entorno. El término “responsable” subraya que el uso se realiza con plena conciencia y que el usuario adopta un enfoque de bajo riesgo y medidas de autorregulación para prevenir problemas.⁵⁵

La política prohibicionista en torno a las drogas genera efectos tanto primarios como secundarios. Los efectos primarios se derivan directamente del consumo de sustancias tanto legalizadas como ilegalizadas, mientras que los secundarios son consecuencia de la política de prohibición. Estos efectos secundarios incluyen la adulteración de las sustancias, el deterioro de las condiciones higiénicas en los consumos, la corrupción asociada al tráfico de drogas, el blanqueo de dinero, la disminución de derechos y libertades de los consumidores, y la instrumentalización política —con claros réditos electorales— del fenómeno de las drogas.⁵⁶

Respecto a las implicaciones en el organismo del consumo de cannabis y el impacto que muestra en la salud pública, cabe referir que el sistema cannabinoide endógeno, que regula funciones como el comportamiento, el aprendizaje y las emociones, puede ser alterado por el consumo de esta sustancia. A dosis bajas, los efectos pueden ser placenteros, pero a dosis altas pueden incluir ansiedad y otros efectos negativos.⁵⁷

54 OASIS: Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales, “Encuesta sobre Alcohol y Drogas en España (EDADES) 1995-2019/2020. Riesgo percibido ante el consumo de drogas en España”, *Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España*. Madrid: Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (DGPNSD), 2021, pp. 62 y ss. https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/publicaciones/catalogo/catalogoPNSD/publicaciones/pdf/2022_OEDA_Monografia_Cannabis.pdf

55 Iñaki Martínez Aldanondo y Mikel Cerezo Ansóleaga, “El consumo responsable de cannabis en un escenario regulado”. En David Pere Martínez Oró (coord.). *Las sendas de la regulación del cannabis en España*. Barcelona: Bellaterra, 2017, pp. 2 y ss. <https://orainprebentzia.com/wp-content/uploads/2020/06/El-consumo-responsable-de-cannabis-en-un-escenario-regulado.pdf>

56 Xabier Arana Berastegi, “Cannabis: normalización y legislación”, *Eguzkilore*, 2005, núm. 19, pp. 5 y ss. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174561/09Arana.pdf>

57 OASIS: Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales, “Monografía Cannabis. Consumo y consecuencias”, *Ministerio de Sanidad*. Madrid: Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (dgpnsd), 2022, p. 23. https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/publicaciones/catalogo/catalogoPNSD/publicaciones/pdf/2022_OEDA_Monografia_Cannabis.pdf

Figura 1. Efectos del cannabis sobre el organismo

Efectos	Consecuencias clínicas
Cognitivos	Alteración de la memoria a corto plazo, dificultad para la concentración. Peor rendimiento en los estudios, mayor conflictividad.
Psicológicos⁵⁸	Ansiedad, bienestar, esquizofrenia, euforia, locuacidad, pánico, psicosis, relajación, risa fácil, síntomas paranoides.
Sedativos	Depresor generalizado del SNC. Somnolencia.
Sobre la conducción de vehículos	Empeoramiento conducción y manejo de maquinaria. Mayor riesgo de accidentes.
Sobre la conducta alimentaria	Aumento del apetito. Antiemético.
Sobre la función motora	Relajante muscular. Ataxia, disartria, debilidad y espasmos musculares, incremento de la actividad motora seguido de inercia e incoordinación motora y temblores.
Sobre la percepción sensorial	Alucinaciones. Aumento de la percepción visual, auditiva, táctil. Distorsión del espacio y del tiempo.
Sobre el rendimiento psicomotor	Empeoramiento del tiempo de reacción y de la atención.
Sobre la sensibilidad	Aumento de la sensibilidad térmica. Disminución del dolor.
Cardiovascular	Aumento de la frecuencia cardiaca y de la presión arterial. Aumento del gasto cardiaco. ⁵⁹

- 58** Suzanne H. Gage, Matthew Hickman y Stanley Zammit, “Association Between Cannabis and Psychosis: Epidemiologic Evidence”, *Biological Psychiatry*, 2016, vol. 79, núm. 7, pp. 549 y ss.; Nora Dolores Volkow, James M. Swanson, A. Eden Evins, Lynn E. DeLisi, Madeline H. Meier, Raúl González, Michael A. P. Bloomfield, H. Valerie Curran, Ruben Baler, “Effects of Cannabis Use on Human Behavior, Including Cognition, Motivation, and Psychosis: A Review”, *JAMA Psychiatry*, 2016, vol. 73, núm. 3, pp. 292 y ss. <https://doi.org/10.1001/jamapsychiatry.2015.3278>; Antti Mustonen, Solja Niemelä, Tanja Nordström, Graham K. Murray, Pirjo Mäki, Erika Jääskeläinen, Jouko Miettunen, “Adolescent cannabis use, baseline prodromal symptoms and the risk of psychosis”, *The British Journal of Psychiatry*, 2019, vol. 212, núm. 4, pp. 227 y ss. <https://doi.org/10.1192/bjp.2017.52>
- 59** Nora Dolores Volkow; Reuben D. Baker; Wilson Martindale Compton y Susan R. B. Weiss, “Adverse health effects of marijuana use”, *New England Journal of Medicine*, 2014, vol. 370, núm. 23, pp. 2219 y ss. <https://doi.org/10.1056/NEJMra1402309>; NA SEM: National Academies of Sciences, Engineering and Medicine. *The health effects of cannabis and cannabinoids: The current state of evidence and recommendations for research*. Washington DC: The National Academies Press, 2017, pp. 125 y ss. <https://doi.org/10.17226/24625>

Efectos	Consecuencias clínicas
Digestivo	Sequedad de boca. Antiemético.
Endocrino y reproductor	Aumento de la prolactina (galactorrea). Aumento de riesgos obstétricos y de tumor de testículos. ⁶⁰ Disminución de las hormonas sexuales.
Embarazo⁶¹ y lactancia	Mayor riesgo de bajo peso al nacer. Paso de cannabinoides a la leche.
Inmunológico	Alteración de la inmunidad celular.
Ocular	Enrojecimiento conjuntival. Reducción presión intraocular.
Respiratorio	Expectoración, tos, enfermedad pulmonar obstructiva crónica. ⁶² Exposición al humo y sustancias cancerígenas del tabaco.

Fuente: Elaborado por la Comisión Clínica⁶³ y revisado por el Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones (OEDA).

- 60** Todd Thomas Brown y Adrian Sandra Dobs, “Endocrine Effects of Marijuana”, *The Journal of Clinical Pharmacology*, 2002, vol. 42, núm. 1, pp. 90 y ss. <https://doi.org/10.1002/j.1552-4604.2002.tb06008.x>; Janet R. Daling; David R. Doody; Xiaofei Sun, Britton L. Trabert, Noel S. Weiss, Chu Chen, Mary L. Biggs, Jacqueline R. Starr, Sudhansu K. Dey, Stephen M. Schwartz, “Association of marijuana use and the incidence of testicular germ cell tumors”, *American Cancer Society*, 2009, vol. 115, núm. 6, pp. 1215 y ss. <https://doi.org/10.1002/cncr.24159>; Mohini Ranganathan, Gabriel Braley, Brian Pittman, Thomas Cooper, Edward Perry, John Krystal, Deepak Cyril D’Souza, “The effects of cannabinoids on serum cortisol and prolactin in humans”, *Psychopharmacology*, 2009, vol. 203, pp. 737 y ss.
- 61** Emily Stockings, Wayne Denis Hall, Michael Lynskey, Katherine I. Morley, Nicola Reavley, John Strang, George Patton y Louisa Degenhardt, “Prevention, early intervention, harm reduction, and treatment of substance use in young people”, *The Lancet Psychiatry*, 2016, vol. 3, núm. 3, pp. 280 y ss. [https://doi.org/10.1016/S2215-0366\(16\)00002-X](https://doi.org/10.1016/S2215-0366(16)00002-X). Entre los posibles efectos perjudiciales en el feto se encuentran trastornos en la memoria y el aprendizaje y cambios estructurales en el hipocampo.
- 62** Sarah Aldington, Mathew Williams, Mike Nowitz, Mark Weatherall, Alison Pritchard, Amanda McNaughton, Geoffrey Robinson, Richard Beasley, “Effects of cannabis on pulmonary structure, function and symptoms”. *Thorax*, 2007, vol. 62, núm. 12, pp. 1058 y ss. <https://doi.org/10.1136/thx.2006.077081>
- 63** MSPSI: Ministerio de Sanidad y Política Social, Informe Cannabis II, “Actualización y Revisión del informe núm. 1, Cannabis (2006)”, *Comisión Clínica de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional Sobre Drogas*. Madrid: Gobierno de España; Ministerio de Sanidad y Política Social; Secretaría General de Política Social y Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, 2009, pp. 8 y ss. <https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/publicaciones/catalogo/catalogoPNSD/publicaciones/pdf/CannabisII.pdf>

Hall y Lynskey⁶⁴ subrayan que el consumo de cannabis puede ocasionar pérdida de memoria a corto plazo, alteraciones del equilibrio, desorientación espacial, dificultades para realizar tareas que requieren coordinación motora y problemas al caminar.

Las reacciones agudas en la esfera cognitivo-emocional, como la ansiedad y problemas de atención, también son preocupantes, ya que se relacionan con un mayor riesgo de accidentes. En particular, el consumo de cannabis puede afectar las habilidades de conducción durante al menos 4 horas y media en la mayoría de los individuos, con una relación estadísticamente significativa entre el consumo de cannabis y un aumento en el riesgo de accidentes de tráfico.⁶⁵ La relación entre los efectos del cannabis en el organismo y el incremento de accidentes de tráfico y laborales ya se ha evidenciado en los datos provenientes de Colorado y Delaware.⁶⁶

Los adolescentes han sido identificados como uno de los principales grupos de riesgo, debido a los daños que el consumo de cannabis puede provocar en su cerebro en desarrollo, los cuales pueden manifestarse en diversas patologías —como psicosis y síndromes amotivacionales— que a su vez pueden resultar en un menor rendimiento académico. Esta situación se agrava cuando el consumo de cannabis es precoz e intensivo, lo que tiene consecuencias serias en la trayectoria vital de los adolescentes, e incluye su integración en el mercado laboral.⁶⁷ Existe una gran preocupación por la falta de adecuación de los enfoques actuales en prevención y tratamiento de conductas adictivas para aquellas personas que podrían presentar un consumo problemático de cannabis.⁶⁸

El riesgo de padecer estos efectos aumenta a medida que se incrementa la potencia del cannabis utilizado y la frecuencia de consumo. No obstante, como el cannabis no suele estar asociado con efectos negativos tan notorios y evidentes como otras drogas, frecuentemente se considera una de las

64 Wayne Denis Hall y Michael Lynksey, “Evaluating the public health impacts of legalizing recreational cannabis use in the United States”, *Addiction*, 2015, vol. 111, núm. 10, pp. 1764 y ss. <https://doi.org/10.1111/add.13428>

65 Ole Rogeberg y Rune Elvik, “The effects of cannabis intoxication on motor vehicle collision revisited and revised”, *Addiction*, 2016, vol. 111, núm. 8, pp. 1348 y ss. <https://doi.org/10.1111/add.13347>; Antonio Molina-Fernández; Paula Medrano Chapinal y Pol Comellas Sanz, “Consecuencias psicosociales de la regulación del cannabis: un estudio cualitativo”, *Health and Addictions / Salud y Drogas*, 2022, vol. 22, núm. 2, pp. 10 y ss. <https://doi.org/10.21134/haaj.v22i2.621>

66 Wayne Denis Hall, “What has research over the past two decades revealed about the adverse health effects of recreational cannabis

use?”, *Addiction*, 2014, vol. 110, núm. 1, pp. 19 y ss. <https://doi.org/10.1111/add.12703>

67 Wayne Denis Hall y Michael Lynksey, “Evaluating the public health impacts of legalizing recreational cannabis use in the United States”, *Addiction*, 2015, vol. 111, núm. 10, pp. 258 y ss. <https://doi.org/10.1111/add.13428>

68 Alan J. Budney, Michael J. Sofis y Jacob T. Borodovsky, “An update on cannabis use disorder with comment on the impact of policy related to therapeutic and recreational cannabis use”, *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience*, 2019, vol. 269, pp. 73 y ss. <https://doi.org/10.1007/s00406-018-0976-1>

sustancias reguladas con menor toxicidad, aunque su consumo no está exento de riesgos.⁶⁹

El informe del Grupo Asesor de la Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer (IARC, por sus siglas en inglés: *International Agency for Research on Cancer*) ha recomendado priorizar el estudio del efecto cancerígeno del humo de cannabis para el periodo 2020-2024. Esto se basa en hallazgos de estudios *in vitro* que muestran que los condensados del humo de marihuana presentan efectos mutagénicos y citotóxicos similares a los del humo del tabaco. Además, existen investigaciones que vinculan el consumo de cannabis con el cáncer de pulmón y el cáncer testicular.⁷⁰

La accesibilidad al cannabis con fines médicos ha reducido la percepción del riesgo asociado a su consumo. Además, ha aumentado su disponibilidad en los territorios que aplican políticas regulatorias, las cuales a menudo cuentan con estructuras industriales que integran el cannabis en el mercado lícito como un producto más.⁷¹ En este contexto, las campañas educativas y de prevención, así como la difusión de información precisa y rigurosos mecanismos de regulación se han vuelto fundamentales.

Aunque uno de los objetivos del sistema internacional de control de drogas es asegurar una disponibilidad adecuada de estupefacientes para fines médicos y científicos, gran parte de la población mundial no tiene acceso a estos medicamentos. Según el Grupo Pompidou, esta situación podría limitar la investigación científica sobre los posibles beneficios o propiedades medicinales de ciertas sustancias controladas.⁷² Asimismo,

69 Marta Di Forti, Diego Quattrone, Tom P. Freeman, Giada Tripoli, Charlotte Gayer-Anderson, Harriet Quigley, Victoria Rodriguez, Hannah E. Jongs, Laura Ferraro, Caterina La Cascia, Daniele La Barbera, Ilaria Tarricone, Domenico Berardi, Andrei Szöke, Celso Arango, Andrea Tortelli, Eva Velthorst, Miguel Bernardo, Cristina Marta Del-Ben, Paulo Rossi Menezes, Jean-Paul Selten, Peter B. Jones, James B. Kirkbride, Bart P. F. Rutten, Lieuwe de Haan, Pak C. Sham, Jim van Os, Cathryn M. Lewis, Michael Lynskey, Craig Morgan, Robin M. Murray y EU-GEI WP2 Group, “The contribution of cannabis use to variation in the incidence of psychotic disorder across Europe (EU-GEI): a multicentre case-control study”, *Lancet Psychiatry*, 2019, vol. 6, pp. 427 y ss.

70 IARC: International Agency for Research on Cancer, “Report of the Advisory Group to Recommend Priorities for the IARC Monographs during 2020–2024”, *IARC Monographs on the Identification of Carcinogenic Hazards to Humans*. International Agency for Research on Cancer: 2024, pp. 10 y ss. https://monographs.iarc.who.int/wp-content/uploads/2019/10/IARCMonographs-AGReport-Priorities_2020-2024.pdf

monographs.iarc.who.int/wp-content/uploads/2019/10/IARCMonographs-AGReport-Priorities_2020-2024.pdf

71 Stephen Rolles, “Después de la Guerra contra las Drogas: Una Propuesta para la Regulación”, *Transform Drug Policy Foundation*. Londres: 2012, pp. 42 y ss. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina45951.pdf>

72 Anne Line Bretteville-Jensen, Sania Mikulic, Pavel Bem, Fivos Papamalis, Yossi Harel-Fisch, Janusz Sierslawski, Fatima Trigueiros, Laura Piscociu, Sergey Tsarev, Peyman Altan, Claudia Costa Storti, “Costs and unintended consequences of drug control policies: Report by the expert group on possible adverse effects and associated costs of drug control policies”, *Council of Europe*, 2017, pp. 24 y s. https://rm.coe.int/costs-and-uni-monographs.iarc.who.int/wp-content/uploads/2019/10/IARCMonographs-AGReport-Priorities_2020-2024.pdf

podría resultar en un acceso insuficiente a medicamentos que contienen estas sustancias, como ocurre con los opiáceos necesarios para el tratamiento del dolor y cuidados paliativos,⁷³ así como para el tratamiento de adicciones problemáticas a opioides.⁷⁴

5. Estrategias de descriminalización de actividades vinculadas con el cannabis

El proyecto “Nuevos Enfoques en Políticas y Prácticas de Reducción de Daños” (NAHRPP, por sus siglas en inglés: *New Approaches in Harm Reduction Policies and Practices*), respaldado por la Unión Europea (UE), es una iniciativa colaborativa de la Fundación ICEERS (España), *Transnational Institute* (TNI) —con sede en los Países Bajos—, Forum Droghe (Italia) y Diogenis (Grecia). Este proyecto investiga modelos potenciales de regulación del mercado y las medidas que han considerado las administraciones locales en

países como España, Suiza, Alemania, Bélgica, Dinamarca y los Países Bajos a partir del examen de las transformaciones que se han producido en el ámbito de las políticas de drogas en Europa. Un componente destacado del proyecto, liderado por el TNI, se enfoca en el rol de las autoridades locales en relación con la regulación del cannabis. Las autoridades locales y regionales en toda Europa han enfrentado las consecuencias negativas de su mercado ilícito. Estas autoridades, junto con grupos de presión no gubernamentales y movimientos, han abogado cada vez más por una regulación del mercado del cannabis recreativo en lugar de su prohibición.⁷⁵

El Modelo de Control Regulador (MCR) busca objetivos económicos importantes como reducir el gasto público asociado al control penal; aumentar la recaudación fiscal mediante impuestos, tasas y licencias; y fomentar el desarrollo económico⁷⁶ a través

tended-consequences-of-drug-control-policies/16807701a9

73 CGPD: Comisión Global de Políticas de Drogas, *Asumiendo el control: Caminos hacia políticas de drogas eficaces*, 2014, p. 14. https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP_2014_taking-control_ES.pdf

74 UNODC: Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Informe ejecutivo del *Informe Mundial sobre las Drogas*. Nueva York: 2021, pp. 5 y ss. https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/V2104298_Spanish.pdf; unodc: Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, *World Drug Report. Policy Implications*, Viena: United Nations publication, 2021, p. 44. https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_1.pdf

75 Tom Blickman, Katie Sandwell, Dania Putri, Xabier Arana, Tom Decorte, Vibeke Asmussen Frank, Dirk J. Korf, Ingo Ilja Michels, Maj Nygaard-Christensen, Tim Pfeiffer-Gerschel, Heino Stöver, Bernd Werse, Frank Zobel, “Cannabis en la ciudad: avances en la regulación local del cannabis en Europa”, *Transnational Institute (TNI)*, 2019, pp. 4 y ss. https://www.tni.org/files/publication-downloads/tni-combinedreport_sp_web.pdf

76 Jonathan Paul Caulkins, Beau Kilmer, Mark Albert Robert Kleiman, Robert J. MacCoun, Gregory Midgette, Pat Oglesby, Rosalie Liccardo Pacula y Peter Henry Reuter, *Considering Marijuana Legalization: Insights for Vermont and Other Jurisdictions*. California: 2015, p. 25. <https://www.jstor.org/stable/10.7249/j.ctt15zc545>. “De esta manera, en Estados Unidos, se proyecta que para el año 2025, la recaudación tributaria proveniente de la in-

de la creación de empresas y empleos.⁷⁷ En particular, el MCR se presenta como una opción económica especialmente atractiva en contextos de recesión económica global, en la que los gobiernos aplican medidas de austeridad, como en el caso del estado de California.⁷⁸

En Nevada, con una población de tres millones de habitantes aproximadamente, el MCR ha generado ingresos de \$218 731 440 (197 369.186 €) a través de impuestos y licencias, además de crear aproximadamente 16 000 puestos de trabajo.⁷⁹ Sin embargo, existen dos enfoques económicos distintos:

industria del cannabis superará los 24 billones de dólares (21 636 000.000 €). Además, cada dólar invertido en esta industria puede generar entre 2.13 y 2.40 dólares (1.92 y 2.16 €) en actividad económica, abarcando sectores como el turismo, la construcción, y la venta y alquiler de inmuebles, entre otros".

77 Jonathan Paul Caulkins, Beau Kilmer, Mark Albert Robert Kleiman, Robert J. MacCoun, Gregory Midgette, Pat Oglesby, Rosalie Liccardo Pacula y Peter Henry Reuter, *Considering Marijuana Legalization: Insights for Vermont and Other Jurisdictions*. California: 2015, p. 26. <https://www.jstor.org/stable/10.7249/j.ctt15zc545>

78 Steve Rolles y George Murkin, "How to Regulate Cannabis: A Practical Guide", *Transform Drug Policy Foundation*. 2^a edición. Londres: 2016, p. 122. <https://transformdrugs.org/assets/files/PDFs/how-to-regulate-cannabis-full-text-2016.pdf>

79 Cristina Reyes, Frida Ibarra, Gerardo Álvarez, Julio Salazar, Tania Ramírez, Víctor Gutiérrez, "Modelos de regulación legal del cannabis en Estados Unidos", *Méjico Unido Contra la Delincuencia*, 2020, p. 15. <https://www.mucd.org.mx/2020/06/modelos-de-regulacion-del-cannabis-en-estados-unidos/>

uno más liberal, que tiende a reducir el gasto público y la presión fiscal y a promover una mayor libertad empresarial; y otro más intervencionista o socialdemócrata, que aboga por un mayor gasto público y presión fiscal, una menor libertad empresarial y una redistribución más equitativa de la riqueza. Esta última opción busca abordar problemas asociados al modelo liberal, como la creación de grandes corporaciones, principalmente canadienses, y la falta de políticas de compensación para quienes han sufrido los efectos negativos del modelo penal.⁸⁰

Debe tenerse en cuenta que la regularización de un mercado ilegal implica costos significativos en términos de diseño, regulación, aplicación y control, los cuales dependerán del modelo regulatorio adoptado.⁸¹ En todo caso, los ingresos obtenidos a través de impuestos y licencias deberían ser suficientes para cubrir los costos asociados con el sistema regulatorio, independientemente de su naturaleza.⁸²

80 Harvey Slade, "Lecciones de la regulación del cannabis", *Transform Drug Policy Foundation*. Londres: 2020, pp. 42-47. <https://transformdrugs.org/assets/files/PDFs/capturing-the-market-canada-spanish-summary-2020.pdf>

81 Por ejemplo, en un modelo que únicamente permita el autocultivo de cantidades limitadas, los costos administrativos serán considerablemente menores en comparación con un modelo que autorice la venta en establecimientos comerciales.

82 Jonathan Paul Caulkins, Beau Kilmer, Mark Albert Robert Kleiman, Robert J. MacCoun, Gregory Midgette, Pat Oglesby, Rosalie Liccardo Pacula y Peter Henry Reuter, *Considering Marijuana Legalization: Insights for Vermont and Other Jurisdictions*. California:

El debate sobre la regulación del cannabis abarca desde posturas que abogan por enfrentar el mercado negro y el narcotráfico hasta enfoques económicos que buscan aumentar los ingresos públicos mediante tasas e impuestos.⁸³ Al comparar las experiencias de diferentes naciones que han legalizado el consumo, se observan diversas aproximaciones. Los estados de Colorado y Washington, por ejemplo, han basado su legalización del cannabis en un modelo de mercado similar al del alcohol y el tabaco. Aunque han establecido un conjunto de reglas controladas por las autoridades estatales para la venta del producto, la legalización ha adoptado una postura comercial en la que los productores y proveedores son empresas con fines lucrativos.

Cabe señalar que se observa un proceso de convergencia en las regulaciones que rigen el alcohol, el tabaco y los derivados del cannabis. En el caso del alcohol y el tabaco, se ha pasado de un modelo de comercialización casi sin regulación a uno con un alto grado de intervención. Contrariamente, el mercado del cannabis ha evolucionado de un modelo basado en sanciones penales —un mercado ilegal sin ninguna forma de regulación administrativa— hacia un modelo también caracterizado por una regulación estricta.⁸⁴

En ciertos territorios de Estados Unidos, se han implementado regulaciones para el mercado del cannabis que son comparables, en ciertos aspectos, a las normativas aplicadas al alcohol; en ocasiones, incluso comparten la misma entidad reguladora y de control, como es el caso de la Junta de Control de Alcohol y Cannabis de Washington (WSLCB por sus siglas en inglés: *Washington State Liquor and Cannabis Board*).

En tales situaciones, el notable crecimiento de la industria puede atribuirse en gran parte a los niveles relativamente bajos de regulación sobre la variedad de productos disponibles de manera legal.⁸⁵ Este enfoque ha llevado a una rápida expansión de la industria, destacando que, durante los dos primeros años tras la apertura de puntos de venta legal en Washington, se recaudaron 900 millones de dólares (812 088.000 €), mientras que en Oregón se alcanzaron 1.3 mil millones de dólares (1 173 016.000 €) en ventas de productos cannábicos.⁸⁶

Drug Policy Foundation. 2^a edición. Londres: 2016, p. 28. <https://transformdrugs.org/assets/files/PDFs/how-to-regulate-cannabis-full-text-2016.pdf>

83 Ivana Obradovic, “From prohibition to regulation: A comparative analysis of the emergence and related outcomes of new legal cannabis policy models (Colorado, Washington State and Uruguay)”, *International Journal of Drug Policy*, 2021, vol. 91, pp. 1 y ss. <https://doi.org/10.1016/j.drugpo.2019.11.002>

84 Caislin L. Firth, Steven Davenport, Rosanna Smart y Julia A. Dilley, “How high: Differences in the developments of cannabis markets in two legalized states”, *International Journal of Drug Policy*, 2020, vol. 75, pp. 5 y ss. <https://doi.org/10.1016/j.drugpo.2019.102611>

2015, p. 143. <https://www.jstor.org/stable/10.7249/j.ctt15zc545>

83 Deborah S. Hasin, Aaron Leor Sarvet, Magdalena Cerdá, Katherine Margaret, Keyes, Malka Stohl, Sandro Galea, Melanie M. Wall, “US Adult Illicit Cannabis Use, Cannabis Use Disorder, and Medical Marijuana Laws: 1991-1992 to 2012-2013”, *JAMA Psychiatry*, 2017, vol. 74, núm. 6, pp. 579 y ss. <https://doi.org/10.1001/jamapsychiatry.2017.0724>

84 Steve Rolles y George Murkin, “How to Regulate Cannabis: A Practical Guide”, *Transform*

Los enfoques filosóficos sobre la regulación se centran en principios de libertad y derechos individuales. Aunque ya existen experiencias que adoptan una perspectiva colectiva, aún no se han realizado estudios exhaustivos sobre las consecuencias de esta regulación para distintas sociedades, su impacto en la salud pública y los efectos psicosociales del consumo recreativo de cannabis. Diversos países, como Canadá, algunos estados de los Estados Unidos y Uruguay han regulado tanto el uso terapéutico como el recreativo del cannabis. Otros países, como Nueva Zelanda, México, Portugal, Alemania e Italia han considerado hacer cambios en sus legislaciones.⁸⁷ En los países donde se ha regulado el cannabis, no se han realizado adaptaciones significativas en los sistemas de salud ni en los servicios sociales en respuesta a una posible demanda. Estudiar estos impactos es crucial para entender las consecuencias psicosociales de la regulación del cannabis tanto para la población general como para los grupos vulnerables.⁸⁸

Las propuestas sobre el MCR han pasado de ser una cuestión teórica y marginal en el debate público a convertirse en una realidad concreta. Un ejemplo de este cambio de paradigma se observa en los mercados bursátiles. Tras la elección de Joe Biden como presidente

de los Estados Unidos, se registró un aumento en la cotización de las empresas dedicadas a la producción y distribución de cannabis, dado que una de las propuestas legislativas del partido demócrata es su regulación a nivel nacional.⁸⁹

Por lo tanto, la cuestión actual no es si los daños derivados del consumo de cannabis superan sus beneficios, una interrogante que ha perdido relevancia, sino si la regulación de este mercado puede mitigar esos daños e influir en pautas de consumo consideradas positivas para la sociedad.⁹⁰ Estos son los objetivos de la nueva regulación del mercado de cannabis, al reconocer que el modelo prohibitivo absoluto y general no ha resuelto los problemas asociados al consumo y tráfico que prevalecen en la mayoría de los países.

6. Consideraciones finales

El régimen internacional de control de drogas, basado en los convenios internacionales sobre drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, establece un sistema estricto para regular el cannabis y otras sustancias controladas.

87 Ricardo Baptista-Leite y Lisa Ploeg, “The Road towards the Responsible and Safe Legalization of Cannabis Use in Portugal”, *Acta Médica Portuguesa*, 2018, vol. 31, núm. 2, pp. 115 y ss. <https://doi.org/10.20344/amp.10093>

88 Wayne Denis Hall y Michael Lynksey, “Evaluating the public health impacts of legalizing recreational cannabis use in the United States”, *Addiction*, 2015, vol. 111, núm. 10, pp. 1764 y ss. <https://doi.org/10.1111/add.13428>

89 U.S. CONGRESS, *H.R.3617 - Marijuana Opportunity Reinvestment and Expungement Act*, 2021. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/3617>

90 Jonathan Paul Caulkins; Beau, Kilmer; Mark Albert Robert, Kleiman; Robert J., MacCoun; Gregory, Midgette; Pat, Oglesby; Rosalie, Liccardo Pacula y Peter Henry, Reuter, *Considering Marijuana Legalization: Insights for Vermont and Other Jurisdictions*. California: 2015, p. 10. <https://www.jstor.org/stable/10.7249/j.ctt15zc545>

Estas convenciones promueven el control riguroso del cultivo, la producción y el comercio, pero permiten cierta flexibilidad en la penalización del consumo personal, al considerar los principios constitucionales de cada Estado.

La Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 introdujo una cláusula de escape que permite a los países adaptar su legislación sobre el consumo personal de drogas a sus contextos legales, lo que facilita la coexistencia de políticas menos punitivas y más enfocadas en la salud pública dentro del marco internacional.

El enfoque prohibicionista y punitivo de la “guerra contra las drogas” ha dominado las políticas globales de control de estupefacientes desde finales de los años 60.

Esta estrategia, centrada en la erradicación de cultivos, la captura de líderes del narcotráfico y la criminalización general de las actividades relacionadas con las drogas ha generado una serie de consecuencias adversas, incluyendo altos índices de violencia, corrupción y arrestos de consumidores, especialmente de grupos desfavorecidos.

En América, la implementación de este enfoque ha llevado a la consolidación de un sistema de fiscalización que ha fracasado en alcanzar sus objetivos, mientras que se han exacerbado problemas sociales y económicos.

En respuesta a la ineficacia del modelo prohibicionista, muchos países han adoptado enfoques alternativos basados en la salud pública y los Derechos Humanos, que incluyen la despenalización y la regulación del uso recreativo del cannabis.

Sin embargo, a nivel internacional, es un tema controvertido, con un proceso de modificación de su estatus en las convenciones de drogas que resulta ser lento y complicado.

Aunque algunos Estados han avanzado en la flexibilización de las políticas sobre el cannabis, el consenso global para reformar las listas de control sigue siendo limitado, lo que evidencia la dificultad para lograr cambios significativos en el régimen internacional de fiscalización.

7. Referencias

- ALDINGTOM, Sarah, Mathew WILLIAMS, Mike NOWITZ, Mark WEATHERALL, Alison PRITCHARD, Amanda MCNAUGHTON, Geoffrey ROBINSON y Richard BEASLEY, “Effects of cannabis on pulmonary structure, function and symptoms”. *Thorax*, 2007, vol. 62, núm. 12, pp. 1058-1063. <https://doi.org/10.1136/thx.2006.077081>
- AMBOS, Kai y Noelia TRINIDAD NÚÑEZ, “Marco jurídico internacional en materia de drogas. Estado actual y desafíos para el futuro”. En Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO, Marie-Christine FUCHS (coords.), *Drogas ilícitas y narcotráfico: nuevos desarrollos en América Latina*. Madrid: Fundación Konrad Adenauer, 2017, pp. 25-52.
- ARANA BERASTEGI, Xabier, “Cannabis: normatización y legislación”, *Eguzkilore*, 2005, núm. 19, pp. 121-138. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174561/09Arana.pdf>
- ARMENTA, Amira y Martin JELSMA, “Las convenciones de drogas de la ONU”, *Transnational Institute (TNI)*, 2015, pp. 1-32. https://www.tni.org/files/publication-downloads/primer_unconventions_24102015-es.pdf
- BAPTISTA-LEITE, Ricardo y Lisa PLOEG, “The Road towards the Responsible and Safe Legalization of Cannabis Use in Portugal”, *Acta Médica Portuguesa*, 2018,

- vol. 31, núm. 2, pp. 115-125. <https://doi.org/10.20344/amp.10093>
- LOB: Laws of Barbados, "Trafficable Quantities of Specified Controlled Drugs". En Chapter 131. *Drug Abuse (Prevention and Control)*, Official Gazette, 1991, sec. 2, pp. 1-59. [https://www.barbadoslawcourts.gov.bb/assets/content/pdfs/statutes/DrugAbuse\(PreventionandControl\)CAP131.pdf](https://www.barbadoslawcourts.gov.bb/assets/content/pdfs/statutes/DrugAbuse(PreventionandControl)CAP131.pdf)
- BARRIUSO ALONSO, Martín, "Propuesta de modelo legal para el cannabis en el Estado español", *Eguzkilore*, 2005, núm. 19, pp. 151-167. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174561/11Barriuso.pdf>
- BELACKOVA, Vendula, Alison RITTER, Marian SHANAHAN y Caitlin E. HUGHES, "Assessing the concordance between illicit drug laws on the books and drug law enforcement: Comparison of three states on the continuum from "decriminalised" to "punitive", *International Journal of Drug Policy*, 2017, vol. 41, pp. 148-157. <https://doi.org/10.1016/j.drugpo.2016.12.013>
- BERNAL CONTRERAS, Héctor Hernán, "Las Sustancias Químicas y el Tráfico de Estupefacientes", *República de Colombia*, 2005, pp. 1-200. http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Cifras_cuadro_mamacoca/DNE_sustancias_quimicas_y_trafico_de_estupefacientes_2005.pdf
- BEWLEY-TAYLOR, Dave, Martin JELSPA, "The UN Drug Control Conventions: The Limits of Latitude", *IDPC Series on Legislative Reform of Drug Policies*, 2012, núm. 18, pp. 1-24. <https://www.tni.org/files/download/dlr18.pdf>
- BEWLEY-TAYLOR, Dave, Martin JELSPA, Steve ROLLES y John WALSH, "La regulación del cannabis y los tratados de drogas de la ONU: Estrategias para la reforma", *Centro Internacional de Derechos Humanos y Políticas de Drogas*. Ámsterdam: 2016, pp. 1-29. https://biblioteca.clacso.edu.ar/Paises_Bajos/tni/20160719064219/la_regulacion_del_cannabis_y_los_tratados_de_drogas_web.pdf
- BEWLEY-TAYLOR, David R., "Challenging the UN drug control conventions: problems and possibilities", *International Journal of Drug Policy*, 2003, vol. 14, núm. 2, pp. 171-179. [https://doi.org/10.1016/S0955-3959\(03\)00005-7](https://doi.org/10.1016/S0955-3959(03)00005-7)
- BLICKMAN, Tom, Katie SANDWELL, Dania PUTRI, Xabier ARANA, Tom DECORTE, Vibeke Asmussen FRANK, Dirk J. KORF, Ingo Ilja MICHELS, Maj NYGAARD-CHRISTENSEN, Tim PFEIFFER-GERSCHEL, Heino STÖVER, Bernd WERSE, Frank ZOBEL, "Cannabis en la ciudad: avances en la regulación local del cannabis en Europa", *Transnational Institute (TNI)*, 2019, pp. 1-72. https://www.tni.org/files/publication-downloads/tni-combinedreport_sp_web.pdf
- BRETTEVILLE-JENSEN, Anne Line, Sania MIKULIC, Pavel BEM, Fivos PAPAMALIS, Yossi HAREL-FISCH, Janusz SIEROSLAWSKI, Fatima TRIGUEIROS, Laura PISCOCIU, Sergey TSAREV, Peyman ALTAN, Claudia COSTA STORTI, "Costs and unintended consequences of drug control policies: Report by the expert group on possible adverse effects and associated costs of drug control policies", *Council of Europe*, 2017, pp. 1-70. <https://rm.coe.int/costs-and-unintended-consequences-of-drug-control-policies/16807701a9>
- BROWN, Todd Thomas y Adrian Sandra DOBS, "Endocrine Effects of Marijuana", *The Journal of Clinical Pharmacology*, 2002, vol. 42, núm. 1, pp. 90-96. <https://doi.org/10.1002/j.1552-4604.2002.tb06008.x>
- BUDNEY, Alan J., Michael J. SOFIS y Jacob T. BORODOVSKY, "An update on cannabis use disorder with comment on the impact of policy related to therapeutic and recrea-

- tional cannabis use”, *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience*, 2019, vol. 269, pp. 73-86. <https://doi.org/10.1007/s00406-018-0976-1>
- CAULKINS, Jonathan Paul, Beau KILMER, Mark Albert KLEIMAN, Robert J. MACCOUN, Gregory MIDGETTE, Pat OGLESBY; Rosalie LICCARDO PACULA y Peter Henry REUTER, *Considering Marijuana Legalization: Insights for Vermont and Other Jurisdictions*. California: 2015, pp. 1-218. <https://www.jstor.org/stable/10.7249/j.ctt15zc545>
- CGPD: Comisión Global de Políticas de Drogas. *Asumiendo el control: Caminos hacia políticas de drogas eficaces*, 2014, pp. 1-48. https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/03/GCDP_2014_taking-control_ES.pdf
- DALING, Janet R., David R. DOODY, Xiaofei SUN, Britton L. TRABERT, Noel S. WEISS, Chu CHEN, Mary L. BIGGS, Jacqueline R. STARR, Sudhansu K. DEY, Stephen M. SCHWARTZ, “Association of marijuana use and the incidence of testicular germ cell tumors”, *American Cancer Society*, 2009, vol. 115, núm. 6, pp. 1215-1223. <https://doi.org/10.1002/cncr.24159>
- DEA: Drug Enforcement Administration, “Drugs of Abuse: A DEA Resource Guide”, *U.S. Department of Justice*. Massachusetts: 2022, pp. 1-115. https://www.dea.gov/sites/default/files/2022-12/2022_DOA_eBook_File_Final.pdf
- DI FORTI, Marta, Diego QUATRONNE, Tom P. FREEMAN, Giada TRIPOLI, Charlotte GAYER-ANDERSON, Harriet QUIGLEY, Victoria RODRIGUEZ, Hannah E. JONGS, Laura FERRARO, Caterina LA CASCIA, Daniele LA BARBERA, Ilaria TARRICONE, Domenico BERARDI, Andrei SZÖKE, Celso ARANGO, Andrea TORTELLI, Eva VELTHORST, Miguel BERNARDO, Cristina Marta DEL-BEN, Paulo Rossi MENEZES, Jean-Paul SELTEN, Peter B. JONES, James B. KIRKBRIDE, Bart P. F. RUTTEN, Lieuwe DE HAAN, Pak C. SHAM, Jim VAN OS, Cathryn M. LEWIS, Michael LYNKEY, Craig MORGAN, Robin M. MURRAY y EU-GEI WP2 Group, “The contribution of cannabis use to variation in the incidence of psychotic disorder across Europe (EU-GEI): a multicentre case-control study”, *Lancet Psychiatry*, 2019, vol. 6, pp. 427-436. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7646282/pdf/main.pdf>
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La política de drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales: Evolución reciente”, *ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pp. 347-400. https://www.boe.es/biblioteca_jurídica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1987-20034700400
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Patricia LAURENZO COPELLO, *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.
- EARLYWINE, Mitch y Sara SMUCKER BARNWELL, “Decreased respiratory symptoms in cannabis users who vaporize”, *Harm Reduction Journal*, 2007, vol. 4, núm. 11, pp. 1-4. <https://doi.org/doi:10.1186/1477-7517-4-11>
- EMCDDA: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, *Statistical Bulletin*, 2013. <https://www.emcdda.europa.eu/stats13#display:/stats13/ppptab1a>
- EMCDDA: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, “The role of the quantity in the prosecution of drug offences”, *European Legal Database on Drugs: ELDD Comparative Study*, 2003, pp. 1-19. <https://www.euda.europa.eu/system/files/media/publications/documents/10503/Quantities.pdf>

- EMCDDA: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, *Illicit Drug Use in the EU: Legislative Approaches*. Lisboa: 2005, pp. 1-48. https://www.euda.europa.eu/system/files/publications/367/TP_IllicitEN_64393.pdf
- EMCDDA: European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, "Uso médico del cannabis y los cannabinoides: Preguntas y respuestas para la elaboración de políticas", *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*. Luxemburgo: 2019, pp. 1-52. https://www.euda.europa.eu/system/files/publications/10171/20185584-TDo618186ESN_PDF.pdf
- FIRTH, Caislin L., Steven DAVENPORT; Rosanna SMART y Julia A. DILLEY, "How high: Differences in the developments of cannabis markets in two legalized states", *International Journal of Drug Policy*, 2020, vol. 75, pp. 1-3. <https://doi.org/10.1016/j.drugpo.2019.102611>
- FUSAR-POLI, Paolo, José A. CRIPPA, Sagnik BHATTACHARYYA, Stefan J. BORGWARDT, Paul ALLEN, Rocio MARTIN-SANTOS, Marc SEAL, Simon A. SURGULADZE, Colin O'CARROL, Zerrin ATAKAN, Antonio W. ZUARDI, Phillip L. MCGUIRE, "Distinct Effects of $\Delta 9$ -Tetrahydrocannabinol and Cannabidiol on Neural Activation During Emotional Processing", *Archives of General Psychiatry*, 2009, vol. 66, núm. 1, pp. 95-105. <https://doi.org/10.1001/archgenpsychiatry.2008.519>
- GAGE, Suzanne H., Matthew HICKMAN y Stanley ZAMMIT, "Association Between Cannabis and Psychosis: Epidemiologic Evidence", *Biological Psychiatry*, 2016, vol. 79, núm. 7, pp. 549-556. <https://doi.org/10.1016/j.biopsych.2015.08.001>
- HALL, Wayne D. y Michael LYNKSEY, "Evaluating the public health impacts of legalizing recreational cannabis use in the United States", *Addiction*, 2015, vol. 111, núm. 10, pp. 1764-1773. <https://doi.org/10.1111/add.13428>
- HALL, Wayne D. y Michael LYNKSEY, "The challenges in developing a rational cannabis policy", *Current Opinion in Psychiatry*, 2009, vol. 22, núm. 3, pp. 258-262. <https://doi.org/10.1097/YCO.0b013e3283298f36>
- HALL, Wayne D., "What has research over the past two decades revealed about the adverse health effects of recreational cannabis use?", *Addiction*, 2014, vol. 110, núm. 1, pp. 19-35. <https://doi.org/10.1111/add.12703>
- HASIN, Deborah S., Aaron Leor SARVET, Magdalena CERDÁ, Katherine M. KEYES, Malka STOHL, Sandro GALEA, Melanie M. WALL, "US Adult Illicit Cannabis Use, Cannabis Use Disorder, and Medical Marijuana Laws: 1991-1992 to 2012-2013", *JAMA Psychiatry*, 2017, vol. 74, núm. 6, pp. 579-588. <https://doi.org/10.1001/jamapsychiatry.2017.0724>
- HAZEKAMP, Arno, Renee RUHAAK, Lineke ZUURMAN, Joop VAN GERVER y Rob VERPOORTE, "Evaluation of a vaporizing device (Volcano®) for the pulmonary administration of tetrahydrocannabinol", *Journal of pharmaceutical sciences*, 2006, vol. 95, núm. 6, pp. 1308-1317. <https://doi.org/10.1002/jps.20574>
- IARC: International Agency for Research on Cancer, IARC. "Report of the Advisory Group to Recommend Priorities for the IARC Monographs during 2020–2024", *IARC Monographs on the Identification of Carcinogenic Hazards to Humans*. International Agency for Research: 2024, pp. 1-316. https://monographs.iarc.who.int/wp-content/uploads/2019/10/IARCMonographs-AGReport-Priorities_2020-2024.pdf

mspsi: Ministerio de Sanidad y Política Social, Informe Cannabis II. “Actualización y Revisión del informe núm. 1, Cannabis (2006)”, *Comisión Clínica de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional Sobre Drogas*. Madrid: Gobierno de España; Ministerio de Sanidad y Política Social; Secretaría General de Política Social y Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, 2009, pp. 1-50. <https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/publicaciones/catalogo/catalogoP-NSD/publicaciones/pdf/CannabisII.pdf>

Jelsma, Martin, Neil Boister, David Bewley-Taylor, Malgosia Fitzmaurice y John Walsh, “El equilibrio entre la estabilidad y el cambio: La modificación *inter se* de los tratados de fiscalización de drogas de la onu para facilitar la regulación del cannabis. Informe sobre políticas 7”, *Observatorio Global sobre Políticas de Drogas (gdpo), Transnational Institute (tni) y Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (wola)*, 2018, pp. 1-48. https://www.tni.org/files/publication-downloads/balancing_treaty_spanish_print_final.pdf

jife: Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, “Lista de sustancias sicotrópicas sometidas a fiscalización internacional de conformidad con el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971”, *Lista Verde*, Anexo del informe estadístico anual sobre las sustancias sicotrópicas (formulario P), 2023, pp. 1-29. <https://www.incb.org/documents/Psychotropics/forms/greenlist/2024/2311984S.pdf>

Korf, Dirk J., “Marijuana behind and beyond coffeeshops”. En Tom Decorte, Gary Potter, Martin Bouchard (eds.), *World Wide Weed: Global trends in cannabis cultivation and its control*. Farnham: Ashgate, 2011, pp. 181-195.

Krajewski, Krzysztof, “How flexible are the United Nations drug conventions?”, *International Journal of Drug Policy*, 1999, vol. 10, núm. 4, pp. 329-338.

LEVINE, Harry Gene, “Prohibición global de drogas —las variedades y usos de la prohibición de las drogas en los siglos xx y xxi—”. En Xavier ARANA BERASTEGI, Sebastian SCHEERER, Douglas HUSAK (coords.), *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, Derechos Humanos y reducción de riesgos*. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 67-81.

MARTÍNEZ ALDANONDO, Iñaki y Mikel CEREZO ANSOLEAGA, “El consumo responsable de cannabis en un escenario regulado”. En David Pere Martínez Oró (coord.), *Las sendas de la regulación del cannabis en España*. Barcelona: Bellaterra, 2017, pp. 237-250. <https://orainprebentzia.com/wp-content/uploads/2020/06/El-consumo-responsable-de-cannabis-en-un-escenario-regulado.pdf>

MOIR, David, William S. RICKERT, Genevieve LEVASSEUR, Yolande LAROSE, Rebecca MAERTENS, Paul WHITE, Suzanne DESJARDINS, “A Comparison of Mainstream and Sidestream Marijuana and Tobacco Cigarette Smoke Produced under Two Machine Smoking Conditions”, *Chemical Research in Toxicology Journal*, 2008, vol. 21, núm. 2, pp. 494-502. <https://doi.org/10.1021/tx700275p>

MOLINA-FERNÁNDEZ, Antonio, Paula MEDRANO CHAPINAL, Pol COMELLAS SANZ, “Consecuencias psicosociales de la regulación del cannabis: un estudio cualitativo”, *Health and Addictions / Salud y Drogas*, 2022, vol. 22, núm. 2, pp. 10-21. <https://doi.org/10.21134/haaj.v22i2.621>

MUÑOZ SÁNZHEZ, Juan, “La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis: Reflexiones sobre la política de cannabis y

- análisis jurisprudencial”, *RECP: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, núm. 17-22, pp. 1-50. <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-22.pdf>
- Mustonen, Antti, Solja Niemelä, Tanja Nords- tröm, Graham K. Murray, Pirjo Mäki, Erika Jääskeläinen, Jouko Miettunen; “Adolescent cannabis use, baseline prodromal symptoms and the risk of psychosis”, *The British Journal of Psychiatry*, 2019, vol. 212, núm. 4, pp. 227-233. <https://doi.org/10.1192/bjp.2017.52>
- National Academies of Sciences, Engineering and Medicine. *The health effects of cannabis and cannabinoids: The current state of evidence and recommendations for research*. Washington DC: The National Academies Press, 2017, pp. 1-468. <https://doi.org/10.17226/24625>
- NU: Naciones Unidas, “Informe sobre la continuación del 63er periodo de sesiones (2 a 4 de diciembre de 2020)”, Nueva York: un, 2020, pp. 1-7. cnd. “Proyecto de Informe sobre la Aplicación de los tratados de fiscalización internacional de drogas”, *63er Periodo de Sesiones*. Viena: 2020, pp. 1-7. <https://undocs.org/es/E/CN.7/2020/L.1/Add.9>
- NU: Naciones Unidas, *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs 1961*. Nueva York: 1973, pp. 1-504. https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Commentary_on_the_single_convention_1961.pdf
- NU: Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas con inclusión del Acta Final y de las resoluciones aprobadas por la Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, así como de los cuadros anexos a la Convención, 1988, pp. 1-41. https://www.incb.org/documents/PRECURSORS/1988-CONVENTION/1988Convention_S.pdf
- NU: Naciones Unidas, *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*, 1972, pp. 1-56. https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/1961-Convention/convention_1961_es.pdf
- NU: Naciones Unidas, *Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas*. Viena: 1971, pp. 1-39. https://www.incb.org/documents/Psychotropics/conventions/convention_1971_es.pdf
- oasis: Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales, “Monografía Cannabis. Consumo y consecuencias”, *Ministerio de Sanidad*. Madrid: Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (DGPNSD), 2022, pp. 1-126. https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/publicaciones/catalogo/catalogoPNSD/publicaciones/pdf/2022_OEDA_Monografia_Cannabis.pdf
- Obradovic, Ivana, “From prohibition to regulation: A comparative analysis of the emergence and related outcomes of new legal cannabis policy models (Colorado, Washington State and Uruguay)”, *International Journal of Drug Policy*, 2021, vol. 91, pp. 1-6. <https://doi.org/10.1016/j.drupo.2019.11.002>
- oeda: Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones. “Encuesta sobre Alcohol y Drogas en España (edades) 1995-2019/2020. Riesgo percibido ante el consumo de drogas en España”, *Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España*. Madrid: Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (dgpnsd), 2021, pp. 1-97. <https://pnsd.sanidad.gob.es>

- <https://transformdrugs.org/assets/files/PDFs/how-to-regulate-cannabis-full-text-2016.pdf>
- Pletcher, Mark J., Eric Vittinghoff, Ravi Kalhan, Joshua Richman, Monika Safford, Stephen Sidney, Feng Lin y Stefan Kertesz, “Association between marijuana exposure and pulmonary function over 20 years”, *JAMA*, 2012, vol. 307, núm. 2, pp. 173-181. <https://doi.org/10.1001/jama.2011.1961>
- Ranganathan, Mohini, Gabriel Braley, Brian Pittman, Thomas Cooper, Edward Perry, John Krystal, Deepak Cyril D’Souza, “The effects of cannabinoids on serum cortisol and prolactin in humans”, *Psychopharmacology*, 2009, vol. 203, pp. 737-744. <https://doi.org/10.1007/s00213-008-1422-2>
- Reyes, Cristina, Frida Ibarra, Gerardo Álvarez, Julio Salazar, Tania Ramírez y Víctor Gutiérrez, “Modelos de regulación legal del cannabis en Estados Unidos”, *Méjico Unido Contra la Delincuencia*, 2020, pp. 1-40. <https://www.mucd.org.mx/2020/06/modelos-de-regulacion-del-cannabis-en-estados-unidos/>
- Rogeberg, Ole y Rune Elvik, “The effects of cannabis intoxication on motor vehicle collision revisited and revised”, *Addiction*, 2016, vol. 111, núm. 8, pp. 1348-1359. <https://doi.org/10.1111/add.13347>
- Rolles, Stephen, “Después de la Guerra contra las Drogas: Una Propuesta para la Regulación”, *Transform Drug Policy Foundation*. Londres: 2012, pp. 1-278. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina45951.pdf>
- Rolles, Steve y George Murkin, “How to Regulate Cannabis: A Practical Guide”, *Transform Drug Policy Foundation*. 2ª edición. Londres: 2016, pp. 1-265. <https://transformdrugs.org/assets/files/PDFs/capturing-the-market-canada-spanish-summary-2020.pdf>
- Rooke, Sally E., Melissa M. Norberg, Jan Copeland y Wendy Swift, “Health outcomes associated with long-term regular cannabis and tobacco smoking”, *Addictive Behaviors*, 2013, vol. 38, núm. 6, pp. 2207-2213. <https://doi.org/10.1016/j.addbeh.2013.01.013>
- Room, Robin, Wayne Hall, Simon Lenton, Benedikt Fischer y Peter Reuter, *Cannabis Policy: Moving Beyond Stalemate*. Oxford: Beckley Foundation Press, 2010, pp. 1-244. https://www.researchgate.net/publication/224886519_Cannabis_Policy_Moving_Beyond_Stalemate
- Slade, Harvey, “Lecciones de la regulación del cannabis”, *Transform Drug Policy Foundation*. Londres: 2020, pp. 1-50. <https://transformdrugs.org/assets/files/PDFs/capturing-the-market-canada-spanish-summary-2020.pdf>
- Stockings, Emily; Wayne Denis Hall, Michael Lynskey, Katherine I. Morley, Nicola Reavley, John Strang, George Patton, Louisa Degenhardt, “Prevention, early intervention, harm reduction, and treatment of substance use in young people”, *The Lancet Psychiatry*, 2016, vol. 3, núm. 3, pp. 280-296. [https://doi.org/10.1016/S2215-0366\(16\)00002-X](https://doi.org/10.1016/S2215-0366(16)00002-X)
- Thoumi, Francisco E., “Los sueños de reformar las políticas contra las drogas y el régimen internacional de control de drogas”, *oasis: Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, 2011, núm. 16, Fundación Razón Pública, pp. 1-22. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2347032
- Thoumi, Francisco E., “La normatividad internacional sobre drogas como camisa

- de fuerza”, Drogas en América Latina. Despues de la guerra perdida, ¿qué?, *Nueva Sociedad*, 2009, vol. 222, núm. 7, pp. 1-18. https://static.nuso.org/media/articles/downloads/3620_1.pdf
- U.S. Congress, *H.R.3617 - Marijuana Opportunity Reinvestment and Expungement Act*, 2021. <https://www.congress.gov/bill/117thcongress/house-bill/3617>
- UNODC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Terminología e información sobre drogas*. 3^a edición. Nueva York: 2018, pp. 1-86. https://www.unodc.org/documents/scientific/Terminology_Spanish.pdf
- UNODC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Informe ejecutivo del Informe Mundial sobre las Drogas*. Nueva York: 2021, pp. 1-17. https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/V2104298_Spanish.pdf
- UNODC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *World Drug Report*.
- Policy Implications*. Viena: United Nations publication, 2021, pp. 1-83. https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_1.pdf
- Volkow, Nora Dolores, Reuben D. Baker, Wilson Martindale Compton y Susan R. B. Weiss, “Adverse health effects of marijuana use”, *New England Journal of Medicine*, 2014, vol. 370, núm. 23, pp. 2219-2227. <https://doi.org/10.1056/NEJMra1402309>
- Volkow, Nora Dolores, James M. Swanson, A. Eden Evans, Lynn E. DeLisi, Madeline H. Meier, Raúl González, Michael A. P. Bloomfield, H. Valerie Curran, Ruben Balter, “Effects of Cannabis Use on Human Behavior, Including Cognition, Motivation, and Psychosis: A Review”, *JAMA Psychiatry*, 2016, vol. 73, núm. 3, pp. 292-297. <https://doi.org/10.1001/jamapsychiatry.2015.3278>

Revista Penal México 28

• enero • junio 2026 •

e-ISSN: 3061-7324

2

Biopiratería en México

Un análisis crítico de la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural

*Biopiracy in Mexico: A Critical Analysis of the Federal
Law for the Protection of Cultural Heritage*

• **Rafael Lara Martínez** •

Doctor en Derecho del Centro de Ciencias Jurídicas.
Catedrático de la Benemérita Universidad Autónoma de
Puebla y del Instituto Tecnológico Nacional en Tehuacán,
Puebla. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9499-9286>.
siae@ yahoo.com.mx

Biopiratería en México
Un análisis crítico de la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural

Biopiracy in Mexico: A Critical Analysis of the Federal Law for the Protection of Cultural Heritage

• Rafael Lara Martínez • Benemérita Universidad Autónoma de Puebla •

Fecha de recepción
05-10-2025

Fecha de aceptación
22-10-2025

Resumen

Este artículo analiza la Ley Federal para la Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afro-mexicanas. Además, examina el fenómeno de la biopiratería en la apropiación indebida de diseños textiles tradicionales y evalúa la efectividad de las disposiciones penales de la ley. La investigación identifica lagunas en la legislación, incluidos los desafíos en la aplicación y la falta de reconocimiento explícito de la biopiratería como un delito. Los hallazgos resaltan la necesidad de un mecanismo legal para garantizar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades afectadas.

Palabras clave

Biopiratería, delito, indígenas, patrimonio cultural, consentimiento previo, libre e informado.

Abstract

This article analyzes the Federal Law for the Protection of Cultural Heritage of Indigenous and Afro-Mexican Peoples and Communities. It also examines the phenomenon of biopiracy, particularly in the misappropriation of traditional textile designs, and assesses the effectiveness of the law's criminal provisions. The research identifies gaps in the legislation, including challenges in enforcement and the lack of explicit recognition of biopiracy as a crime. The findings highlight the need for a legal mechanism to ensure prior, free, and informed consent from affected communities.

Keywords

Biopiracy, crime, indigenous, cultural heritage, free, prior and informed consent.

Sumario

1. Introducción. / 2. Biopiratería. / 3. Patrimonio cultural inmaterial. / 4. Daño inmaterial. / 5. Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas. / 6. Análisis de los tipos penales en la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas. / 7. Conclusiones. / 8. Referencias.

1. Introducción

La biopiratería es un concepto nuevo que incide en el fenómeno de apropiación de patrimonio cultural, ya sea genético o artístico, al cual se le explota como si se tratara de una idea original que le perteneciera al explotador, mediante una forma abusiva y sin correspondencia. Tal apropiación la realizan regularmente empresas con amplios recursos económicos, y resulta en este contexto, que los pueblos indígenas son víctimas de ello, con un alto grado de vulnerabilidad ante la biopiratería, ya que, además de la diferencia en la capacidad económica, carecen de los medios legales para combatir patentes registradas, máxime que no existe un mecanismo legal que se los permita, lo que les impide resarcirles el saqueo. De tal manera, se les arrebatan especies, diseños, sinfonías, danzas o cualquier otra forma de composición extendida de forma cultural que protege una población y a la que le pertenece por cuestiones consuetudinarias y ancestrales.

No abordar el tema puede fomentar el comportamiento poco ético. Sin leyes claras que prohíban la biopiratería, las empresas y los individuos pueden seguir tentados a explotar los recursos biológicos sin la debida

autorización o compensación; así también, socava el conocimiento tradicional, porque la biopiratería a menudo implica la explotación de este, así como de las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, sin el debido reconocimiento o compensación. La falta de leyes que establezcan una forma de reparación del daño que deriva de la biopiratería, impide que estas comunidades protejan sus derechos de propiedad intelectual e industrial; además, provoca que no puedan evitar la apropiación indebida de sus conocimientos y recursos.

Son dignos de evidenciar casos en México, como el de la denuncia del apoderamiento arbitrario del diseño de bordados pertenecientes a la población de San Gabriel Chilac, Puebla, por parte de la empresa Shein, de origen chino, que los utilizó para una de sus blusas.¹

1 Ángeles Bretón, “Artesanos de Gabriel Chilac acusan a Shein de plagio”, *El Universal Puebla*, 6 de julio de 2023. <https://www.eluniversalpuebla.com.mx/economia-y-negocios/artesanos-de-san-gabriel-chilac-acusan-shein-de-plagio/> y Elizabeth Rodríguez, “Piden bordadoras y bordadores de Chilac leyes

Otro diseño apropiado indebidamente fue el denominado Xaam Nixuy,² que por derecho originario le pertenece al pueblo de la comunidad Santa María de Tlahuitoltepec, Oaxaca, de la sierra Mixe en México, pero que la textilera Anthropologie, radicada en Pennsylvania, Estados Unidos, presentó y registró como propio en su línea de ropa.³ Lamentablemente esta comunidad sólo pudo limitarse a expresar sus reclamos en medios noticiosos,⁴ ya que, si bien el Insti-

tuto Nacional de los Pueblos Indígenas hizo una condena en el año 2021,⁵ lo cierto es que ésta no trascendió a una maniobra legal. Por si fuera poco, esta misma comunidad sufrió otro ataque biopirata por parte de la diseñadora francesa Isabel Marant con la empresa de igual nacionalidad de nombre Antiquité Vatic, que hizo pasar como propio un diseño de blusa, y en cuyo caso, de igual manera, la comunidad sólo se limitó a dar noticia por medios no litigiosos.⁶

Asimismo, puede referirse el caso del apoderamiento del diseño tradicional representado por el colectivo “Arteco”, quien señaló a la mexicana Ivette Morán y la empresa Modatelas. Esta situación es aún más lamentable debido a que los propios connacionales ejecutaron estas prácticas.⁷

para defender las artesanías del plagio”, *La Jornada de Oriente*, 11 de julio de 2023. <https://www.lajornadadeoriente.com.mx/puebla/piden-bordadoras-y-bordadores-de-chilact-leyes-y-defender-artesanias-del-plagio/>

- 2 Colectivo Ääts, hilando caminos, “Estrategias y uso eficaz de la propiedad intelectual: Perspectivas y experiencias del empresariado de pueblos indígenas y comunidades locales”, *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, 15 de agosto de 2023. <https://bit.ly/3YyoKzp>
- 3 Modesens, Daily Practice by Anthropologie Marka Embroidered Shorts in Blue [en línea]. <https://modesens.com/product/daily-practice-by-anthropologie-marka-embroidered-shorts-blue-30369083/> y Ebay, Anthropologie Shorts Daily Practice Marka Embroidered Knit Loungewear White Sz S [en línea]. <https://www.ebay.com/item/256014977851>
- 4 Pedro Matías, “El INPI condena nuevo plagio de textiles Xaam nixuy de Oaxaca por parte de la empresa Antrhropologie”, *Proceso*, 8 de julio de 2021. <https://www.proceso.com.mx/nacional/estados/2021/7/8/el-inpi-condena-nuevo-plagio-de-textiles-xaam-nxuy-de-oaxaca-por-parte-de-la-empresa-anthropologie-267434.html> y Juan Carlos Talavera, “Pueblos indígenas repreban plagio de tex-

tiles”, *Excelsior*, 8 de julio de 2021. <https://www.excelsior.com.mx/expresiones/pueblos-indigenas-repreban-plagio-de-textiles/1458882>

- 5 Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI), *inpi repreuba nuevo plagio de diseños textiles del pueblo mixe de Oaxaca*, México: Gobierno de México, 7 de julio de 2021. <https://www.gob.mx/inpi/prensa/inpi-repreuba-nuevo-plagio-de-disenos-textiles-del-pueblo-mixe-de-oaxaca-276539>
- 6 Mundo Económico, “Controversia por empresa francesa que patentó ropa artesanal de Oaxaca”, *Prensa Libre*, 20 de noviembre de 2015. https://www.prenslibre.com/economia/empresa-francesa-patenta-ropa-artesanal-de-oaxaca/#google_vignette y Guillermo Basavilvazo, “Modista francesa ‘robó’ diseño de prenda tradicional oaxaqueña”, *Excelsior*, 19 de noviembre de 2015. <https://www.excelsior.com.mx/global/2015/11/19/1058371>
- 7 Lorna Huitrón, “Artesanos de Oaxaca denunciaron plagio de sus diseños”, *InfoBAE* [en línea], 20 de mayo de 2023. <https://www.infoae.com/actualidad/2023/05/20/artsanos-de-oaxaca-denunciaron-plagio-de-sus-disenos/>

También se referencia el caso del huipil mazateco, de cuyo diseño se apoderaron unas empresarias australianas para la línea de ropa de marca Zimmerman;⁸ incluso en su catálogo en línea puede apreciarse que los diseños de corte Ginger,⁹ son evidentemente basados en el huipil mencionado.

En el mismo sentido, puede señalarse el caso de biopiratería de la colección “Tops”, de la empresa Patowlque, que presenta como propios los diseños del pueblo indígena zapoteco perteneciente a la comunidad de San Antonio Castillo Velasco, Oaxaca.¹⁰ Además,

cabe decir que no es la primera vez que se afecta a esta comunidad, ya que en 2016 se denunció en medios a la empresa Rapsodia de hacer lo ya citado,¹¹ en la colección denominada “Marion Missy”.

También está el caso Yo’o lta de la cultura mixteca de la comunidad de San Juan Colorado, Oaxaca y el vestido denominado Midi de la empresa Zara,¹² en donde, al igual que algunos de los ya mencionados, se han hecho los pronunciamientos por parte de la Secretaría de Cultura del Gobierno de México,¹³ pero en el que las acciones sólo se limi-

www.infobae.com/mexico/2023/05/20/artesanos-de-oaxaca-denunciaron-plagio-de-sus-disenos/

- 8 El Universal, “Indigna nuevo plagio de textiles por marca internacional; copian huipil mazateco”, *El Universal*, 12 de enero de 2021. <https://www.eluniversal.com.mx/estados/indigna-nuevo-plagio-de-textiles-por-marca-internacional-copian-huipil-mazateco/>
- 9 Farfetch, Zimmerman. Vestido Ginger Swing [en línea]. <https://www.farfetch.com/mx/shopping/women/zimmermann-vestido-ginger-swing-item-20574023.aspx?stoid=13537>
- 10 Swissinfo.ch, “Vêtements: le Mexique reproche l'utilisation de dessins indigènes”, en *Swissinfo.ch* [en línea], 29 de mayo, 2021. <https://www.swissinfo.ch/fre/toute-l-actu-en-bref/v%C3%A0gements-le-mexique-reproche-l-utilisation-de-dessins-indig%C3%A0nes/46661228>; Fontaine, Aéries, “Zara épingle par le Mexique pour appropriation culturelle”, *Ancre Magazine* [en línea], 31 de mayo de 2021. <https://ancre-magazine.com/zara-anthropologie-patowl-mexique-appropriation-culturelle/>; Kayla Branch, Floral embroidered spotted western graphic tees [post de Pinterest]. <https://mx.pinterest.com/pin/134122895142739100/>, y Esmeralda Casta-

ñeda de la Cueva, “La práctica cultural do bordado de San Antonino em Oaxaca – Mexico”, *Luciérnaga: Revista Virtual*, vol. 10, núm. 20, julio, 2018, pp. 27-44. <https://revistas.elpoli.edu.co/index.php/luc/article/view/pdf2/html>

- 11 EDUCA, “Rapsodia plagia diseños zapotecas de San Antonino Castillo Velasco”, en *educa Oaxaca* [en línea], 5 de agosto de 2016. <https://www.educaoaxaca.org/rapsodia-plagia-dise%C3%B1os-zapotecas-de-san-antonino-castillo-velasco/> y Excélsior, “Acusan a Rapsodia de plagiar diseño zapoteca”, *Excélsior*, 4 de agosto de 2016. <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/08/04/1109081>

- 12 Newstimes, “Mexico Accuses Cultural Appropriation of Zara, Anthropologie and Patowl brands”, *Newstimes*, 31 de mayo de 2021. <https://www.newstimes.com/business/article/Mexico-accuses-cultural-appropriation-of-Zara-16214633.php>

- 13 Secretaría de Cultura, “Es momento de profundizar en el paradigma de inclusión radical, diversidad cultural y respeto a las libertades: Frausto Guerrero”, *Gobierno de México*, 8 de junio de 2021. <https://www.gob.mx/cultura/prensa/es-momento-de-profundizar-en-el-paradigma-de-inclusion-radical-diversidad-cultural-y-respeto-a-las-libertades-frausto-guerrero>

tan a esto, aunque incluso la Secretaría de Relaciones Exteriores identificó y reconoció el reclamo de los pueblos indígenas,¹⁴ lo que provocó que algunas empresas reconocieran la situación y de motu proprio retiraran sus diseños, pero no porque hubiera un marco legal al cual obedecer.

Hay otro caso registrado por YucaChulas,¹⁵ empresa mexicana que elabora diseños de marcas artesanales mayas y que hizo un reclamo por el apoderamiento de sus diseños por parte de la empresa china Shein, la cual los retiró de sus colecciones después del señalamiento de apropiación indebida;¹⁶ en este caso se puede apreciar que la empresa extranjera cedió, pero en razón de que antes la empresa maya ya se había protegido legalmente, lo que fortalece el argumento de que, al haber una figura legal, los diseños ancestrales no siguen siendo vulnerados.

Se puede enfatizar este apartado con las palabras de la artesana zapoteca Miriam Leticia Campos Cornelio, quien en una entrevista expresó: “no hay un marco legal que permita hacer un reclamo y se proceda, queda en simple denuncia”.¹⁷ En esta afirmación, se destaca la ausencia de un marco legal sólido que permita abordar y resolver casos de biopiratería cultural. La falta de un marco legal efectivo implica que las comunidades afectadas no cuentan con las herramientas necesarias para hacer reclamos legítimos y asegurar que se tomen medidas contra los actos de biopiratería cultural. Al afirmar que “quedá en simple denuncia” se sugiere que, aunque puede haber conciencia y acusaciones públicas de estas prácticas, la falta de respaldo legal deja a las comunidades en una posición vulnerable y sin medios legales para proteger sus derechos culturales y recursos.

En el contexto de México, esto se relaciona con la necesidad de fortalecer la legislación existente o desarrollar nuevas normativas que protejan de manera más efectiva los conocimientos tradicionales y los recursos culturales de las comunidades indígenas y locales. También implica la necesidad de mejorar los mecanismos para la aplicación y ejecución de estas leyes, proporcionando un marco legal más robusto que disuada de la biopiratería cultural y brinde a las comunidades las herramientas necesarias para hacer valer sus derechos.

¹⁴ Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), *La diplomacia cultural mexicana y las empresas multinacionales textiles en el sur global cultural*, México: Instituto Matías Romero, Centro de Investigación Internacional, 2023. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/834971/NA14-Patrimonio_cultural_2023_esp_web.pdf

¹⁵ El Universal, “YucaChulas y Secretaría de Cultura denuncian que SHEIN plagió pieza artesanal”, *El Universal*, 21 de julio de 2022. <https://www.eluniversal.com.mx/cultura/yucachulas-y-secretaria-de-cultura-denuncian-que-shein-plagio-pieza-artesanal/>

¹⁶ El Financiero, “Shein retira prenda que violenta propiedad intelectual de YucaChulas”, *El Financiero*, 21 de julio de 2022. <https://www.elfinanciero.com.mx/empresas/2022/07/21/shein-retira-prenda-que-violenta-propiedad-intelectual-de-yucachulas/>

¹⁷ Diana Manzo, “Acusan a J. Marie Collections de plagiar diseños de artesanas zapotecas”, *Aristegui Noticias*, 11 de agosto de 2023. <https://aristeguinoticias.com/1108/mexico/acusan-a-j-marie-collections-de-plagiar-disenos-de-artesanas-zapotecas/>

No pasa desapercibida la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, publicada el diecisiete de enero de 2022 y que reconoce el patrimonio cultural como un derecho de autor, lo cual implica que las comunidades indígenas y afromexicanas tienen la facultad de controlar y beneficiarse de la explotación de sus expresiones culturales, como la música, la danza, las artesanías, entre otras. Sin embargo, es importante tener en cuenta que, en el contexto de la propiedad industrial, las expresiones culturales también pueden ser consideradas patentables, lo que las convierte en propiedad industrial. Esto significa que, además del reconocimiento del derecho de autor, las expresiones culturales textiles son protegidas por la legislación de propiedad industrial, lo que sigue dejando expuestas a las comunidades indígenas frente a la biopiratería.

2. Biopiratería

El término biopiratería ha ido formándose desde “la década de 1990, en gran parte debido a la exposición, tanto en los medios como en otros lugares, de varias instancias de alto perfil donde las denuncias de biopiratería se hicieron públicamente”.¹⁸ Esta actividad implica el saqueo de la cultura y los recursos biológicos, y el concepto nos ofrece una de-

finición clara, precisa y directa sobre lo que implica la biopiratería.

Se refiere, pues, a la explotación y apropiación indebida de conocimientos, prácticas y recursos biológicos que pertenecen a comunidades indígenas y locales, sin su consentimiento ni compensación justa; este fenómeno está estrechamente ligado a la bioprospección, es decir, a la investigación de estos conocimientos y recursos para desarrollar productos comerciales, como medicamentos, cosméticos y alimentos, que benefician principalmente a empresas y entidades externas a las comunidades de origen. La biopiratería cultural no solo implica una violación de los derechos de propiedad intelectual de estas comunidades, sino que también representa una forma de colonialismo moderno que perpetúa la desigualdad y la injusticia.

Como se expresó anteriormente, es un concepto nuevo que incide en el fenómeno de apropiación de patrimonio cultural, ya sea genético o artístico, al cual se le explota como si se tratara de una idea original que le perteneciera al explotador, mediante una forma abusiva y sin correspondencia. Tal apropiación la realizan regularmente empresas con amplios recursos económicos, y resulta, en este contexto, que los pueblos indígenas son víctimas de ello, con un alto grado de vulnerabilidad ante la biopiratería, ya que, además de la diferencia en la capacidad económica, carecen de los medios legales para combatir patentes registradas, máxime que no existe un mecanismo legal que se los permita, lo que les impide resarcirles el saqueo. De tal manera, se les arrebatan especies, diseños, sinfonías, danzas o cualquier otra forma de composición extendida de forma cultural que protege una población y a la que le pertenece por cuestiones consuetudinarias y ancestrales.

¹⁸ Chris Hamilton, “Intellectual Property Rights, the Bioeconomy and the Challenge of Biopiracy”, *Genomics, Society and Policy*, núm. 4, vol. 3, 2008, pp. 26–45. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1186/1746-5354-4-3-26.pdf>

Pat Mooney acuñó el término en 1993 como “la utilización de los sistemas de propiedad intelectual para legitimar la propiedad y el control exclusivos de conocimientos y recursos biológicos sin reconocimiento, recompensa o protección de las contribuciones de las comunidades indígenas y campesinas, por lo que la bioprospección no se puede ver más que como biopiratería”.¹⁹

Posteriormente se le denominó como “el uso de sistemas de propiedad intelectual para legitimar la propiedad y el control exclusivos sobre los recursos biológicos y los productos y procesos biológicos que se han utilizado durante siglos en culturas no industrializadas”.²⁰

Actualmente se le define también como la “apropiación ilegal de recursos genéticos o conocimientos tradicionales mediante patentes que restringen su uso futuro”.²¹ Este concepto nos ofrece una visión integral sobre cómo la biopiratería afecta los derechos y el patrimonio de las comunidades indígenas y campesinas.

Cabe decir que, para efectos de su conceptualización, no es posible recurrir a un

ensamble etimológico, ya que *bios* proviene del griego βίος, que significa vida, y *piratería*, del sustantivo en griego πειρατής, que se usó en el latín como *pirata*, que en algunos casos se asoció al significado de ‘incendiario’ pero también de ‘saqueador’. Se dice: “provine de *peiraton*, que en latín clásico es la transliteración de la voz griega *peiratés* que en castellano significa aquel que ataca, emprende, prueba o intenta”.²² Pero, en esencia, se traduce en una explotación indebida de la riqueza cultural de las comunidades indígenas, lo que a menudo afecta su identidad, derechos y formas de vida.

Históricamente, la biopiratería cultural ha sido una práctica común, con numerosos casos documentados en los que empresas y científicos han explotado los conocimientos tradicionales de comunidades indígenas para obtener beneficios económicos. Estos casos no sólo resultan en una pérdida material para las comunidades afectadas, sino que también tienen profundas implicaciones culturales y espirituales; por ello, la apropiación de conocimientos tradicionales puede llevar a la erosión de la identidad cultural y la pérdida de prácticas ancestrales que son fundamentales para la cohesión social y el bienestar de estas comunidades.

Los impactos de la biopiratería cultural en los pueblos indígenas son múltiples y complejos; van desde la pérdida de control sobre sus recursos y conocimientos hasta la desvalorización de su cultura. Estas prácticas tienen consecuencias devastadoras. Además, la biopiratería cultural puede exacerbar la pobreza

¹⁹ Pat Mooney citado en Gian Carlo Delgado, “Biopiracy and Intellectual Property as the Basis for Biotechnological Development: The Case of Mexico”, *International Journal of Politics, Culture, and Society*, núm. 16, vol. 2, 2002, pp. 197–318. <https://www.jstor.org/stable/20020164>

²⁰ Vandana Shiva, *Biopiracy: The Plunder of Nature and Knowledge*, California: North Atlantic Books, 17.^a ed., 2016.

²¹ Riya Gulati, “Biopiracy, a Biological Theft?”, *International Journal of Legal Studies*, núm. 15, vol. 1, junio, 2019, pp. 317-350. <https://ijols.com/resources/html/article/details?id=190925&language=en>

²² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid: Espasa-Calpe, 21^a ed., 1992, p. 1610.

za y la marginación, ya que las comunidades indígenas a menudo no reciben ninguna compensación por la explotación de sus recursos, y esto refuerza las estructuras de poder desiguales y perpetúa la dependencia económica y social de las comunidades afectadas.

En respuesta a la creciente preocupación por la biopiratería cultural, se han desarrollado diversas medidas legales y de derechos humanos a nivel nacional e internacional, con instrumentos como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que buscan proteger los conocimientos tradicionales y asegurar que las comunidades indígenas reciban una participación justa en los beneficios derivados de la utilización de sus recursos. Sin embargo, la implementación de estas medidas enfrenta desafíos significativos, entre los cuales se incluye la falta de reconocimiento legal de los derechos de las comunidades indígenas y la insuficiente capacidad de estas comunidades para hacer valer sus derechos.

La biopiratería cultural también plantea serios dilemas éticos y morales que conciernen al “proceso de unidad de los pueblos indígenas y el reto de continuar la herencia que han dejado y transmitido los ancestros, cultivar la diversidad, promover los saberes, tradiciones y proteger el conocimiento ancestral del hurto indiscriminado”.²³ Este desafío su-

braya la necesidad de establecer mecanismos que aseguren la preservación y respeto de los conocimientos tradicionales y la herencia cultural de las comunidades indígenas.

La apropiación de conocimientos y recursos sin el consentimiento de las comunidades de origen es una violación fundamental de sus derechos humanos. Además, la comercialización de estos conocimientos a menudo ignora los significados culturales y espirituales que estos tienen para las comunidades indígenas. Por lo tanto, es crucial considerar las perspectivas morales y éticas al abordar la biopiratería cultural, de manera que se promueva un enfoque que respete y valore la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas.

Los biopiratas, bajo el pretexto barato de que no se encuentran patentados estos bienes o de que son un conocimiento que de otra forma no se difundiría, producen una:

[...] vulneración de los derechos de propiedad intelectual y acceso a los recursos genéticos [que] proviene especialmente de grandes empresas transnacionales, que en nombre de realizar un beneficio a la humanidad y fomentar el desarrollo económico de los países, lesionan dichos derechos.²⁴

²³ Vallejo Trejo, Erika Cecilia y Silvio Leonardo Mesías Patiño, “Conocimiento ancestral como factor de resistencia en la protección ambiental frente al conflicto armado en Colombia”, *Estudios Rurales*, núm. 8, octubre, 2018, pp. 257-294. <https://estudiosrurales.unq.edu.ar/index.php/ER/article/download/399/782>

²⁴ Donoso citado en Oscar Alberto Pérez Peña, “Derechos colectivos de las comunidades sobre su propiedad intelectual: contradicciones entre propiedad industrial y conocimientos tradicionales”, *Revista Científica uisrael*, núm. 8, vol. 2, mayo, 2021, pp. 163-180. http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2631-27862021000200163&lng=es&nrm=iso

3. Patrimonio cultural inmaterial

Como un esfuerzo compilador, se creó una base de datos que busca concentrar en el país aquellas formas de cultura intangible. La entidad encargada de gestionar y mantener este inventario es la Dirección General de Culturas Populares, Indígenas y Urbanas (DGCPIU),²⁵ que forma parte de la Secretaría de Cultura del Gobierno de México. Este inventario es una herramienta crucial para la identificación, preservación y promoción de las diversas manifestaciones culturales inmateriales de las comunidades y pueblos indígenas, así como de otros grupos culturales en el país.

El inventario incluye una amplia gama de expresiones culturales, tales como leyendas, cuentos, poemas y narrativas que se transmiten de generación en generación, música, danza, teatro y otras formas de expresión artística performativa, celebraciones, rituales religiosos y seculares, y otras prácticas comunitarias, conocimientos tradicionales sobre la naturaleza, prácticas agrícolas, medicina tradicional y cosmovisiones, procesos y técnicas para la creación de artesanías, textiles, cerámica, entre otros.

El inventario es dinámico y se actualiza constantemente con la colaboración de comunidades, investigadores y especialistas en el campo; esto permite una mejor comprensión y valorización del rico patrimonio cultural del país, promoviendo su conservación y transmisión a futuras generaciones.

Como aspectos positivos, puede decirse que ayuda a salvaguardar y proteger las tradiciones culturales y conocimientos ancestrales que podrían estar en peligro de desaparecer. También facilita la identificación y documentación de manifestaciones culturales, lo que contribuye a su conservación; da visibilidad a las diversas culturas y prácticas que forman parte del patrimonio cultural del país; promueve el reconocimiento y respeto hacia las comunidades y sus contribuciones culturales; facilita la difusión de las tradiciones y conocimientos culturales tanto a nivel nacional como internacional; contribuye al turismo cultural, generando interés y respeto por las culturas locales; fomenta la educación y sensibilización sobre la importancia del patrimonio cultural inmaterial entre la población; promueve la transmisión intergeneracional de conocimientos y prácticas culturales; así como valora y promueve la diversidad cultural, reconociendo la riqueza de las distintas expresiones culturales del país, lo que fortalece la identidad cultural de las comunidades al reafirmar su patrimonio.

Otro punto a relucir es que puede servir para la investigación forense en la materia, porque precisamente “un elemento importante para la consolidación de los servicios periciales es la creación de bases de datos como fundamento para la investigación” de los hechos con apariencia de delito.²⁶

Aunque cabe criticar que muy posiblemente la gestión del inventario puede vol-

²⁵ Sistema de Información Cultural (SIC), *Inventario del patrimonio cultural inmaterial*, México: Dirección General de Culturas Populares e Indígenas-Instituto Nacional de Antropología e Historia. <https://sic.cultura.gob.mx/index.php?table=frpintangible>

²⁶ Lázaro Ruiz, Eliseo, “El estado actual de la ciencia forense en el contexto de la justicia transicional”, *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, núm. 16, vol. 5, 2022, pp. 96-114. <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/02/article/view/462/401>

verse burocrática, lo cual dificulta la participación activa de las comunidades, porque la centralización de la información puede llevar a que algunas manifestaciones culturales sean subrepresentadas o ignoradas. También existe el riesgo de que las manifestaciones culturales sean fácilmente ubicadas por los biopiratas y que esto conduzca a que sean explotadas comercialmente sin el consentimiento ni el beneficio de las comunidades originarias; por otro lado, la comercialización puede desvirtuar el significado y valor intrínseco de las prácticas culturales.

Otra crítica es que, al documentar y difundir prácticas culturales, existe el riesgo de que se descontextualicen y pierdan su significado original, porque la interpretación y representación de las prácticas culturales puede no reflejar con precisión la perspectiva de las comunidades.

4. Daño inmaterial

Entender y comprender un concepto de *espíritu* variará según la cultura, la religión y la filosofía, pero en un sentido general, se refiere a una entidad o fuerza no material que se cree que anima, guía o da vida a los seres vivos y al mundo en general. En muchas tradiciones religiosas y espirituales, se considera una entidad separada del cuerpo físico, que puede existir de manera independiente y persistir después de la muerte. Estos espíritus pueden ser divinidades, ancestros, ángeles, demonios u otras formas de seres sobrenaturales. También se entiende como una forma de energía vital que anima a los seres vivos y les da vida.

Esta energía puede estar presente en todas las cosas, desde los seres humanos y los animales hasta las plantas y los elementos naturales, y en un sentido más amplio, el

espíritu puede entenderse como una fuerza creativa o inspiradora que impulsa el desarrollo personal, cultural y espiritual, que se puede asociar con cualidades como la creatividad, la pasión, el propósito y la conexión con algo más grande que uno mismo; por ello, puede decirse que “ningún otro elemento constitutivo de la individualidad e identidad colectiva de cada pueblo indígena ha jugado un papel tan axial y fundamental como su identificación espiritual”.²⁷

El daño espiritual puede referirse al sufrimiento o perjuicio que una persona experimenta en su dimensión espiritual, es decir, en su relación con lo trascendente, lo sagrado o lo que considera fundamental en su vida desde un punto de vista espiritual. Este tipo de daño puede manifestarse de diversas formas, como la pérdida de la fe, la alienación de lo sagrado, el conflicto con las creencias y valores fundamentales o la ruptura de la conexión con el mundo espiritual. Contiene, pues, el “reconocimiento de un daño de carácter inmaterial, que Antonio Cançado Trindade denomina ‘daño espiritual’, como forma especial y ‘agravada de daño moral’ que, por su propia naturaleza, es imposible de indemnizar, pero que sí contiene innovadas formas de reparación”,²⁸ aunque orbitan al colectivo cosmogónico, es decir, no sólo a la comuni-

²⁷ Stefano Varese, “Los fundamentos éticos de las cosmologías indígenas”, *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers alhim*, núm. 36, 2018, p. 9. <https://journals.openedition.org/alhim/6899>

²⁸ Francisco Javier Bedecarratz Scholz, *Estado y pueblo Mapuche: Una mirada desde el Derecho y las políticas públicas*, Santiago: Ril editores, 2020, p. 84. <https://ediciones.uautonoma.cl/index.php/UA/catalog/book/39>

dad presente, sino también a sus antepasados o, en ocasiones, a la naturaleza.

Este daño se diferencia del moral porque en el segundo se busca la compensación otorgada por los tribunales en casos de responsabilidad y destinada a resarcir los daños físicos o emocionales sufridos por la víctima de una lesión específica; por su parte, en el primero, también conocido como “*preium doloris*”, el daño espiritual no es susceptible de indemnización pecuniaria, sino que precisa otro tipo de reparación, la que [...] no parece nada sencilla, pues exige la preservación de la memoria histórica colectiva”.²⁹

En el contexto de las comunidades indígenas, el daño espiritual puede ser causado por la pérdida, destrucción o profanación de elementos sagrados o de significado espiritual, como sitios ceremoniales, objetos rituales o prácticas y conocimientos tradicionales; también puede ser causado por la imposición de creencias, valores o prácticas ajenas a la cultura y cosmovisión indígenas, que generan conflicto y alienación espiritual, lo que agrava aún más esta situación por las características de esta clase de daño que es “más opaco, difuso, invisible, lo que exige una actitud social más vigilante y atenta respecto a las víctimas, quienes continúan sometidas aún hoy a un proceso de degradación mediante el olvido y la indiferencia no sólo jurídico-estatal, sino también social”.³⁰

Por otra parte, es difícil cuantificar o cualificar el espíritu; por ejemplo, los rarámuris no creen en el concepto de acumular, su base es compartir, por ejemplo, la cosecha; por ende, a “la persona que no comparte se le identifica entonces como pobre de espíritu”.³¹ Así, el daño espiritual en las comunidades indígenas es especialmente significativo, debido a la importancia que se otorga a la espiritualidad en su vida y cultura. Para muchas de estas comunidades, la espiritualidad no es algo separado de la vida cotidiana, sino que impregna todas sus actividades y relaciones. Por lo tanto, cualquier acción que cause daño a su dimensión espiritual se percibe como una amenaza grave a su identidad y supervivencia como pueblo.

En el contexto de la investigación sobre biopiratería cultural, el daño espiritual está relacionado con la apropiación indebida de conocimientos, prácticas o elementos sagrados de las comunidades indígenas —como los diseños textiles—, que no sólo causa un perjuicio material o cultural, sino también un daño profundo en su dimensión espiritual y en su relación con su patrimonio ancestral, porque la comunidad indígena los contempla como “objetos vivos, verdaderos talis-

²⁹ Felipe Ignacio Paredes Paredes, “Pueblos indígenas y tribales y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una mirada crítica”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 21, 2021, pp. 167–196. <https://bit.ly/3Xf3bbs>

³⁰ Daniel Mauricio Patiño Mariaca y Adriana María Ruiz Gutiérrez, “La justicia restaura-

tiva: un modelo comunitarista de resolución de conflictos”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, núm. 122, vol. 45, 2015, p. 251. <https://bit.ly/4eiZCXQ>

³¹ Mónica Gómez Salazar y Mauricio del Villar Zamacona, “El concepto de propiedad y los conocimientos tradicionales indígenas”, *En-claves del pensamiento*, núm. 5, vol. 3, junio, 2009, pp. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2009000100007

manes por los que la gente arriesga la vida y adquiere sentido el universo".³²

El daño espiritual en las comunidades indígenas se considera grave porque la espiritualidad es un pilar fundamental de la cultura y la identidad de muchas comunidades indígenas; sus creencias, rituales y prácticas espirituales están intrínsecamente ligadas a su historia, su forma de vida y su relación con la naturaleza y el cosmos. Cualquier daño a esta dimensión espiritual se percibe como una amenaza directa a su identidad y supervivencia como pueblo. De igual forma, para muchas comunidades indígenas, la espiritualidad está estrechamente relacionada con su conexión con la tierra y la naturaleza; su relación con la tierra va más allá de lo material: es espiritual y sagrada, por lo que el daño a esta dimensión se traduce en un desequilibrio con la naturaleza y una pérdida de armonía con su entorno.

También debe entenderse que la espiritualidad se transmite de generación en generación a través de la tradición oral, los rituales y las prácticas culturales. El daño espiritual puede interrumpir este proceso de transmisión y causar una pérdida de conocimientos y valores fundamentales para la comunidad. El daño espiritual puede tener un impacto profundo en la salud mental y emocional de las personas y las comunidades; puede generar sentimientos de frustración, pérdida de identidad, depresión y ansiedad, con lo que afecta negativamente la calidad de vida y el

bienestar de las personas. La conexión espiritual, cuando se produce o se establece, no puede quebrarse o dañarse con quien así la estableció, pero puede interrumpirse con la siguiente generación de individuos, y esta intermitencia sería una forma en que podría menoscabarse.

Surge, entonces, la pregunta: ¿cómo se podría materializar la exigencia ante el daño espiritual? Creemos que se podrían considerar varias vías. Primeramente, con el reconocimiento en el contexto normativo. Sería necesario que la legislación reconozca formalmente el "daño espiritual" como una categoría de daño legalmente reparable; esto implicaría una interpretación amplia de los conceptos tradicionales de daño moral, para extender su alcance a los que afectan la cosmovisión, creencias y prácticas espirituales de un individuo o comunidad.

También se debe establecer un vínculo con la cultura y cosmovisión indígena; en el contexto de la biopiratería cultural y los daños que puedan surgir de la vulneración de la espiritualidad indígena, sería posible argumentar que el daño espiritual no sólo afecta a las personas en un plano emocional o psicológico, sino que también impacta en su conexión con el pasado, los ancestros, los elementos sagrados y su identidad cultural. Esta interpretación podría materializarse a través de la restitución de bienes, rituales o prácticas que hayan sido alteradas o profanadas.

La materialización de la exigencia de daño espiritual podría incluir la documentación de testimonios de las personas afectadas, en los que expresen cómo se vio alterada su conexión con la espiritualidad, ya sea a través de prácticas o creencias o tradiciones que fueron vulneradas; también podría contemplarse la valoración de expertos en antropología, sociología y derecho indígena que validen el impacto en la comunidad.

³² Víctor A. Payá Porres, "Sociología y fotografía", en Víctor Payá y Jovani Rivera (coords.), *Sociología etnográfica sobre el uso crítico de la teoría y los métodos de investigación*, México: UNAM-Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2017, p. 169.

Esto lleva a repensar transdisciplinariamente la reparación del daño, porque en el plano espiritual podría materializarse en la restitución de bienes culturales, compensaciones que ayuden a restaurar la práctica espiritual y las tradiciones, y la creación de espacios donde los afectados puedan realizar actos simbólicos que les ayuden a sanar su vínculo con su espiritualidad y sus raíces.

En el contexto de la Ley General de Víctimas de México, el “daño espiritual” podría incluirse dentro de las medidas integrales de reparación del daño, que deberá entenderse como profundo porque afecta tanto la identidad colectiva como las creencias espirituales de las comunidades, particularmente las indígenas.³³ Esta ley establece que las medidas de reparación deben ser integrales y abarcar tanto la reparación material como la espiritual. En este contexto, el daño espiritual se reconoce no sólo como una afectación emocional o psicológica, sino también como un perjuicio que puede impactar la cosmovisión y la vida espiritual de las personas y comunidades.

El daño espiritual afecta la relación que las comunidades tienen con su historia, sus tradiciones y sus prácticas sagradas. Desde este enfoque, el daño espiritual puede entenderse como el trastorno o quiebre de esa conexión profunda que las comunidades tienen con su tierra, sus ancestros, sus creencias y su conocimiento ancestral, por lo que

las medidas de reparación deben considerar este daño específico y sus efectos sobre la salud espiritual y colectiva de la comunidad.

En la ley en comento, las medidas de satisfacción desde la cosmovisión de las comunidades incluyen el reconocimiento público de la violación de derechos humanos y la realización de actos simbólicos de reparación. Para el daño espiritual, esto podría traducirse en acciones como el reconocimiento oficial de la violación de los derechos espirituales y culturales de la comunidad, lo que implica un acto de reconocimiento y disculpa pública a la comunidad afectada, así como rituales o ceremonias de restitución con los que se busque restaurar el vínculo espiritual y simbólico con la comunidad y sus ancestros; estos actos simbólicos son fundamentales en las prácticas indígenas y constituyen una forma de reparación desde su perspectiva cultural y espiritual.

Asimismo, deben considerarse las medidas de no repetición que buscan evitar que vuelvan a ocurrir los hechos que ocasionaron el daño. Desde el análisis del daño espiritual, esto podría incluir la prohibición de prácticas de biopiratería cultural o el uso indebido de conocimientos ancestrales, rituales o diseños espirituales; el fortalecimiento de las leyes de protección cultural que aseguren que las comunidades puedan seguir ejerciendo su espiritualidad y sus tradiciones sin ser vulneradas, y el respeto a la autodeterminación de las comunidades indígenas que les permita decidir sobre la utilización de sus conocimientos y prácticas espirituales sin que intervengan intereses ajenos o externos.

También puede hablarse de las medidas de rehabilitación, por ser fundamentales para restaurar el bienestar de las víctimas. En el caso del daño espiritual, esta rehabilitación debe ir más allá de la atención psico-

³³ Ley General de Víctimas (LGDV), *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013 (última reforma publicada por en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 2024). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>

lógica convencional, por ende, debe incluir la restitución del derecho a la práctica religiosa y cultural, de manera que garantice que las comunidades puedan continuar con sus rituales y ceremonias de manera libre y respetada, así como la formación de líderes espirituales y la transmisión del conocimiento ancestral dentro de la comunidad, lo cual asegura que las nuevas generaciones puedan acceder y fortalecer su conexión espiritual; además, debe incluir terapias o prácticas de sanación que se alineen con las creencias espirituales de las comunidades, como rituales de sanación, la participación en ceremonias y la restauración de vínculos con la naturaleza y los ancestros.

Para asegurar que las medidas sean efectivas, es necesario establecer métodos de evaluación del daño espiritual que no sólo consideren el impacto material, sino también el psicológico, emocional y espiritual. Esto puede involucrar testimonios de las víctimas, en los que expresen cómo el daño afectó sus prácticas espirituales, su identidad y su relación con su cosmovisión, y la participación de expertos indígenas o líderes espirituales que puedan valorar el impacto del daño y las medidas de reparación desde una perspectiva cultural y espiritual.

Desde el análisis del daño espiritual, las medidas integrales de reparación deben diseñarse y ejecutarse en estrecha colaboración con las comunidades afectadas, para asegurar que las formas de satisfacción, no repetición y rehabilitación respeten su cosmovisión y espiritualidad. Esto no sólo busca la reparación de los daños materiales, sino también la restauración del equilibrio espiritual y cultural que fue vulnerado, de manera que se permita que las comunidades encuentren la sanación y la justicia en un sentido más profundo y holístico.

En las culturas indígenas mexicanas, los espíritus y las fuerzas espirituales son considerados seres con los que se debe mantener un respeto profundo; ofender a un espíritu puede tener consecuencias graves, tanto en el plano espiritual como en el físico, según la cosmovisión indígena. Un ejemplo notable de una ofensa a un espíritu se puede encontrar en las creencias relacionadas con el *xoloitzcuintli*, el perro mexicano, especialmente dentro de las culturas nahuas y totonacas, para las cuales este animal tiene un vínculo espiritual muy fuerte.

El *xoloitzcuintli*, también conocido como perro azteca, es un animal sagrado en muchas culturas indígenas de México; para los nahuas, este perro se considera el guardián de los muertos, ya que acompaña a las almas en su viaje al Mictlán, el inframundo en la mitología, el *xoloitzcuintli* es un guía espiritual para los difuntos, que los ayuda a cruzar los ríos y obstáculos hasta llegar a su descanso eterno.³⁴ Debido a esta función sagrada, ofender o maltratar a un *xoloitzcuintli* podría considerarse una ofensa directa a los espíritus y a la misma muerte, porque para las comunidades indígenas, este animal no es sólo un ser físico, sino también una entidad con un profundo significado espiritual.

En algunas comunidades, se creía que maltratar a un *xoloitzcuintli* o, peor aún, matarlo sin una razón espiritual justificada, traía consecuencias graves, como enfermedades o accidentes, y que la ira de los espíritus podría

³⁴ David Figueroa Serrano y Alma Eslí Bernal Valdés, “Metáforas animales: el perro como representación creativa de la experiencia interespecie”, *Tabula Rasa*, núm. 40, 2021, pp. 171–198. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39670741008>

manifestarse en formas de desdicha o malestar, de manera que afectaba no sólo a quien cometiera la ofensa, sino también a toda su familia.

Este tipo de creencias se debe a la relación simbiótica que se tenía con los espíritus de los muertos y los animales sagrados. Los espíritus se sentían ofendidos cuando no se trataba con el respeto debido a aquellos seres que tenían una conexión con ellos. En el caso del *xoloitzcuintli*, el respeto hacia el animal estaba intrínsecamente relacionado con el respeto hacia los muertos y los seres espirituales, y si alguien ofendía a un espíritu al maltratar a un *xoloitzcuintli* o realizar algún acto que los espíritus consideraban irreverente, era necesario realizar un ritual de limpieza o de reparación para restablecer el equilibrio.³⁵ Este ritual podría incluir oraciones y ofrendas a los dioses y espíritus, en las que se les pidiera perdón por la ofensa para buscar la restauración de la paz espiritual. También, ceremonias de purificación, en las que el infractor se sometiera a prácticas como el temazcal o baños rituales con hierbas para limpiar su alma y restablecer su armonía con el mundo espiritual y entregar ofrendas a los muertos, que podrían incluir alimentos, flores, velas o incluso sacrificios simbólicos que demostrarían arrepentimiento y respeto, con el fin de restablecer la paz con los espíritus.

En tiempos más recientes, el *xoloitzcuintli* sigue siendo una figura central en la cultura indígena, especialmente en lugares como Guerrero, Puebla y Veracruz. En algu-

nas ocasiones, las comunidades han tenido que lidiar con conflictos legales o disputas relacionadas con el respeto hacia estos perros sagrados. Por ejemplo, ha habido casos en los que los *xoloitzcuintli* han sido asesinados o maltratados por personas ajenas a la cultura, lo que genera reacciones intensas dentro de las comunidades, ya que se considera una ofensa grave que afecta no sólo al animal, sino también a la paz espiritual de la comunidad.

En estos casos, las autoridades locales y líderes espirituales a menudo realizan rituales para restablecer el equilibrio y evitar que la ofensa cause más daño a la comunidad. También se lleva a cabo un proceso de reconciliación espiritual, con el que se busca sanar las heridas causadas por el acto de violación de los códigos de respeto hacia los seres espirituales.

Ofender a un espíritu, en la cosmovisión indígena mexicana, es un acto que trasciende lo físico y afecta profundamente el plano espiritual y emocional. El respeto hacia los espíritus, animales sagrados y los ancestros es fundamental para mantener el equilibrio y la armonía de la comunidad. Actos como maltratar un *xoloitzcuintli*, considerado un guía espiritual de los muertos, no sólo ofenden a los animales, sino que se cree que alteran el equilibrio cósmico, por lo que llevan consecuencias de desdicha o enfermedades.³⁶

³⁵ Xiu, "El dios mexica que condena el maltrato a los perros", en *Matador Network* [en línea], 18 de septiembre, 2017. <https://matadornetwork.com/es/dios-mexica-condena-maltrato-perros/>

³⁶ Dirección General del Servicio de Información Agroalimentaria y Pesquera (DGSIAPI), *La leyenda del Xoloitzcuintle, el perro azteca*, México: Gobierno de México, 2020. <https://www.gob.mx/agricultura%7Cdgsiap/es/articulos/la-leyenda-del-xoloitzcuintle-el-perro-azteca>

Otro ejemplo interesante de cómo ofender a un espíritu en las culturas indígenas mexicanas proviene de las creencias sobre los “nahuales” en varias comunidades, especialmente entre los pueblos náhuatl, totonaca y zapoteca.

El nahual es una figura espiritual de gran importancia, ya que representa la transformación o la conexión con el mundo animal y los poderes sobrenaturales. Supuestamente los nahuales son seres con la capacidad de transformarse en animales;³⁷ al igual que con los chamanes, la habilidad no se aprende, “sino se adquiere por designio de la divinidad, es común encontrar que hijos y nietos de chamanes también son poseedores de esta facultad de ‘ver’”.³⁸

El nahual es visto como un ser protector y guía espiritual, tanto para individuos como para comunidades,³⁹ aunque también

como una figura maligna,⁴⁰ pero de momento nos centraremos en el aspecto positivo. Dependiendo de la tradición, se cree que un nahual tiene la capacidad de interactuar con los espíritus y el mundo invisible, por lo que sirve como intermediario entre los vivos y los muertos. Esta capacidad de transformación y conexión con el mundo espiritual hace que el nahual sea un ser venerado y profundamente respetado.

Ofender a un nahual puede ocurrir de diversas maneras, pero una de las más graves es traicionar o faltar al respeto a una persona considerada nahual o a las energías espirituales asociadas con este ser. Esto podría suceder, por ejemplo, cuando alguien malinterpreta o desprecia la sabiduría espiritual de una persona que se cree que tiene este poder o cuando se intenta dañar a los animales que representan a los nahuales.

En algunas comunidades, se cree que maldecir o desear el mal a un nahual puede causar un gran desequilibrio espiritual. La ofensa puede manifestarse no sólo en el plano físico, sino también en el plano espiritual, de manera que afecte la salud, las relaciones familiares o incluso traiga malos presagios. Las consecuencias suelen ser graves y pueden incluir enfermedades inexplicables o males- tares físicos que no tienen una explicación médica clara, ya que se cree que el nahual tiene el poder de enviarle a la persona “daño” o maldad desde el plano espiritual: “empleaba sus facultades para castigar a quienes infrin-

³⁷ Natalia Gabayet, “El ritual sutil de conversión al nahualismo de los pueblos negros de la Costa Chica de Guerrero y Oaxaca”, *Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 29, vol. 15, junio, 2020, pp. 109–134. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=211062850028>

³⁸ Lourdes Báez, “El don de ‘ver’. Iniciación, saberes y praxis ritual entre los otomíes orientales”, en María Cerón y Verónica Kugel (coords.), *Religiosidad y ontologías otopames*, Xalapa: Editora de Gobierno del Estado de Veracruz, 2022, p. 38. <http://www.editoraveracruz.gob.mx/docs/religiosidad.pdf>

³⁹ Roberto Martínez González, “Sobre la existencia de un nahualismo purépecha y la continuidad cultural en Mesoamérica. Relaciones”, *Estudios de Historia y Sociedad*, vol. 30, núm. 117, 2009, pp. 213–261. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-39292009000100008&lng=es&nr_m=iso

⁴⁰ Jaime Echeverría García, “Representaciones nahuas sobre los ‘otros’ indígenas en el municipio de Pahuatlán de Valle, Sierra Norte de Puebla”, *Dimensión*, núm. 77, vol. 26, 2019, pp. 94–130. <https://revistas.inah.gob.mx/index.php/dimension/article/view/15706/17604>

gían las reglas de la vida comunitaria”.⁴¹ También ocurren desgracias familiares o comunitarias, que podrían manifestarse en pérdidas de cosechas, accidentes, peleas internas o incluso muerte prematura; otra consecuencia más son los desajustes emocionales o psíquicos, ya que se cree que el espíritu del nahual puede afectar el equilibrio de la mente o el alma de quien lo ha ofendido; también se dice que el nahual puede enfermar o perseguir a la persona ofensora, generando un tormento espiritual hasta que la ofensa sea rectificada.

Si alguien ofende a un nahual, se deben realizar rituales específicos de purificación y reconciliación para restaurar el equilibrio y la armonía. Estos rituales pueden incluir azafrán en los que se utilizan hierbas como el copal, albahaca, romero o ruda para ahumar el cuerpo y el alma de la persona ofendida o del infractor, ya que este acto simboliza la purificación de las malas energías y el restablecimiento de la salud espiritual. Dependiendo de la cultura y la gravedad de la ofensa, puede ser necesario realizar ofrendas a los espíritus, con sacrificios simbólicos o de alimentos específicos (como pan, chocolate, frutas o maíz), con el fin de pedir perdón al nahual y restablecer el equilibrio espiritual.⁴²

En muchas comunidades, los chamanes o curanderos realizan oraciones específicas que están dirigidas al nahual, en las que piden perdón por la falta de respeto y buscan restablecer la paz; esto podría incluir canciones rituales o rezos dirigidos a las deidades espirituales para que el nahual acepte la reconciliación.

Una vez realizada la reconciliación, se puede llevar a cabo un ritual de protección, utilizando amuletos, talismanes o símbolos sagrados que ayuden a restablecer la conexión con el nahual y evitar futuros desequilibrios espirituales.

También son dignos de mencionarse dos casos muy curiosos de la península de Yucatán. El primero sucedió cuando una constructora derribó una casa que supuestamente era de los aluxes,⁴³ para construir una carretera en el tramo Cancún-Nizuc; entonces, los aluxes destruían todo el avance en esa parte. No fue sino hasta que recurrieron a un sacerdote maya para que se hiciera una ceremonia, que alcanzaron a ser disculpados. El sacerdote les indicó que debían reconstruir la casa y dejar algunos dulces (ya que supuestamente “hay que ofrecerles dulces, golosinas para que no

⁴¹ Antonella Fagetti, “Ixtlamatki versus nahalli. Chamanismo, nahualismo y brujería en la Sierra Negra de Puebla”, *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, núm. 10, vol. 5, diciembre, 2010, pp. 4–23. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-41152010000200004&lng=es&nrm=iso

⁴² Roberto Martínez González, “Sobre la función social del buen nahalli”, *Revista Española de Antropología Americana*, núm. 36,

vol. 2, 2006, pp. 39–63. <https://revistas.ucm.es/index.php/REAA/article/viewFile/REAA0606220039A/23217>

⁴³ Los aluxes, al igual que los chaneques, son seres espirituales en la mitología y cosmología de los pueblos mayas, especialmente en las regiones de México. Se les considera espíritus o pequeños duendes que habitan en la naturaleza, particularmente en los bosques, las selvas, las montañas y los campos. Los aluxes son protectores de la tierra y sus habitantes, pero también pueden ser traviesos si no se les trata con respeto.

estén molestando”),⁴⁴ después de lo cual pudieron continuar sin problemas y a la fecha sigue la construcción erigida.

El otro evento fue durante la filmación de *Apocalypto* en México, cuando se reportaron varios incidentes que afectaron la producción. En una ocasión, un miembro del equipo sufrió un accidente que requirió atención médica inmediata; además, se presentaron desafíos logísticos debido a las condiciones climáticas y la complejidad del rodaje en la selva. Para abordar estos problemas y restaurar el equilibrio espiritual del equipo, se recurrió a un chamán local que realizó un ritual de purificación y protección. Este acto buscaba apaciguar a los espíritus de la selva y garantizar la seguridad y el éxito de la producción; tras el ritual, los incidentes disminuyeron, y el rodaje continuó sin mayores contratiempos.

Una propuesta elegante y pragmática sería establecer en la Ley de Víctimas la figura de la presunción de daño espiritual, la cual indicaría que se presume el daño hasta que no se demuestre lo contrario, para lo cual evidentemente deben converger algunos requisitos, como en la presunción de legítima defensa o la presunción de seducción; por lo tanto, implicaría que, en ciertos casos, se asuma que una comunidad ha sufrido un daño espiritual (en términos de afectación a su cosmovisión, creencias religiosas o prácticas culturales) sin necesidad de una prueba

directa o científica de dicho daño. De esta manera, el daño se considera presunto, y corresponde a la parte contraria demostrar que no existe.

Se decía que la presunción de daño espiritual podría estar sujeta a ciertos requisitos o circunstancias que justifiquen su aplicación. Estos requisitos podrían aplicarse especialmente en comunidades donde el daño espiritual es un concepto central, como en las indígenas, en las que las creencias y prácticas espirituales están fuertemente vinculadas con la identidad colectiva. La afectación debe tener un impacto colectivo o comunitario, como en el caso de la biopiratería cultural, la destrucción de territorios sagrados o la alteración de rituales ancestrales.

Aunque la presunción de daño espiritual implicaría que se asume el daño hasta que se demuestre lo contrario, las partes involucradas podrían ser convocadas a presentar elementos de prueba que lo evidencien. Estos elementos podrían incluir testimonios de la víctima o de la comunidad afectada, en los que relaten la pérdida de su vínculo espiritual o la alteración de su cosmovisión; informes de expertos en la materia, como antropólogos, sociólogos o líderes espirituales que puedan certificar la existencia de una afectación a la espiritualidad o las creencias de la persona o evidencia de la violación a los derechos culturales, como la apropiación indebida de conocimientos ancestrales, destrucción de lugares sagrados o alteración de las prácticas ceremoniales.

La presunción de daño espiritual facilitaría que las víctimas de este tipo de violaciones accedan más fácilmente a las medidas de reparación, sin tener que enfrentar las dificultades de demostrar de manera fehaciente un daño que, por su naturaleza, es intangible y difícil de evidenciar en términos tradicionales de derecho.

⁴⁴ Elma Beatriz Heredia Campos, Diana Ca-huich-Campos, Olga Silvia Terán y Contreras y Ramón Mariaca Méndez, “Rituales para la protección de animales domésticos en los so- lares de Yaxcabá y Yaxunah, Yucatán, Méxi- co”, *Estudios de Cultura Maya*, núm. 59, 2022, pp. 191–216. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=281371269007>

Reconocer la dimensión espiritual del daño puede ser una forma de valorar y proteger las tradiciones, creencias y formas de vida de las comunidades indígenas y otros grupos, lo cual es crucial para preservar su identidad y su derecho a la autodeterminación cultural.

Establecer esta figura permitiría equilibrar el sistema judicial, al contemplar un tipo de daño que tradicionalmente no ha sido reconocido adecuadamente, lo cual contribuye a una justicia más inclusiva y respetuosa de las diferentes cosmovisiones.

Un desafío será definir con precisión qué constituye un daño espiritual y cómo se puede demostrar o justificar dentro de los procesos judiciales, ya que, como se mencionó, es difícil de evaluar utilizando los métodos tradicionales de prueba.

La creación de una figura de la presunción de daño espiritual en la Ley General de Víctimas podría ser un paso fundamental hacia el reconocimiento y la protección de las dimensiones espirituales y culturales de las personas y comunidades. Al igual que otras presunciones legales, esta figura ofrecería una vía más accesible para la reparación de daños difíciles de probar, pero fundamentales para la identidad y bienestar de las víctimas; sin embargo, sería esencial estructurar esta presunción de manera que respete la diversidad cultural y garantice que se contemple adecuadamente el concepto de daño espiritual.

5. Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas

La Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas (LFPPCPCIA) es un mar-

co legislativo crucial para la protección de los conocimientos y expresiones culturales de las comunidades indígenas y afromexicanas en México. Fue publicada el 18 de enero de 2022, y tiene como objetivo principal reconocer y garantizar el derecho de propiedad de estas comunidades sobre su patrimonio cultural, tanto tangible como intangible.⁴⁵ Uno de los aspectos más criticados de la ley es el proceso de consulta que se llevó a cabo, porque, a pesar de que la legislación exige que las comunidades sean consultadas de manera libre, previa e informada, en la práctica, este proceso fue insuficiente y no cumplió con los estándares necesarios.

Los foros de consulta se consideraron como simulados, ya que no involucraron de manera adecuada a todas las autoridades indígenas y afromexicanas ni se proporcionó información en las lenguas nativas de estas comunidades.⁴⁶

La ley establece que el patrimonio cultural es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable; sin embargo, también permite que las comunidades negocien contratos con terceros para el uso y comercialización de su patrimonio cultural;

⁴⁵ LFPPCPCIA: Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas, *Diario Oficial de la Federación*, 17 de enero de 2022 (última reforma publicada el 29 de noviembre de 2023). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPPCPCIA.pdf>

⁴⁶ Rocío Becerra Montane, “Análisis crítico a la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas”, *La Jornada del Campo*, núm. 187, 15 de abril de 2023. <https://www.jornada.com.mx/2023/04/15/delcampo/articulos/analisis-LFPPCPCIA.html>

esto crea una contradicción fundamental, ya que, por un lado, se reconoce la naturaleza colectiva y no comercial del patrimonio cultural y, por otro, se permite su explotación económica bajo ciertos términos.

Otro punto de crítica es el carácter mercantil de la ley, puesto que regula la comercialización del patrimonio cultural a través de contratos autorizados; esto puede permitir que las comunidades indígenas y afro-mexicanas negocien desde una posición de desventaja, ya que las empresas y otros interesados suelen tener más recursos y acceso a información y asesoría legal, lo que puede perpetuar y legitimar las desigualdades, de manera que no garantiza una verdadera distribución justa y equitativa de beneficios.

A pesar de las críticas, la ley incluye disposiciones importantes para la protección del patrimonio cultural, pues establece sanciones por la apropiación, uso, comercialización o reproducción del patrimonio cultural sin el consentimiento de las comunidades; reconoce los derechos de propiedad colectiva sobre los conocimientos y expresiones culturales, con lo cual asegura que estos derechos sean respetados y protegidos; y también crea un mecanismo de coordinación interinstitucional para la protección y promoción del patrimonio cultural, que incluye a diversas entidades gubernamentales y a las comunidades indígenas y afro-mexicanas. Sin embargo, la ley opta por un enfoque que mezcla conceptos de propiedad intelectual y propiedad industrial, lo cual puede generar una serie de problemas y desafíos técnicos.

La propiedad intelectual generalmente se divide en dos grandes categorías: derechos de autor y propiedad industrial. Los derechos de autor se enfocan en proteger

las obras literarias, artísticas y científicas, mientras que la propiedad industrial abarca patentes, marcas, diseños industriales y denominaciones de origen. La ley en cuestión trata de proteger el patrimonio cultural a través de mecanismos más cercanos a los derechos de autor que al industrial, y aunque se ciñera a este último, aún así se plantean varios problemas, porque al tratar el patrimonio cultural bajo términos de propiedad industrial, podría reducir los conocimientos y expresiones culturales a meros objetos comerciales, ignorando su contexto cultural, espiritual y comunitario, de manera que este enfoque podría despojar de significado las prácticas y saberes tradicionales al recontextualizarlos como bienes mercantiles.

También puede notarse que la ley emplea una terminología técnica característica de la propiedad industrial que puede ser difícil de comprender y aplicar para las comunidades indígenas y afro-mexicanas; términos como “contrato de autorización” y “distribución justa y equitativa de beneficios” implican una comprensión y manejo de conceptos legales complejos que no siempre están al alcance de estas comunidades. Asimismo, las empresas y otros terceros interesados suelen tener mayores recursos y acceso a asesoría legal especializada. Esto crea una situación de desigualdad en las negociaciones, donde las comunidades pueden estar en desventaja y no lograr acuerdos verdaderamente justos y equitativos.

Ciertamente esta ley representa un avance significativo, pero es necesario ajustar su parámetro a la congruencia normativa, a efecto de no quedar exclusivamente en “[...] apelar a la ética y la buena fe de las empresas para que reconozcan la autoría de los moti-

vos y diseños elaborados por comunidades, les den el crédito público como autores de la iconografía con todas sus características".⁴⁷

6. Análisis de los tipos penales en la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas

Las figuras penales son necesarias para disuadir a la población de afectar bienes jurídicos; no obstante, se ha llegado en México al fenómeno de la hiperlegislación, por eso, la tendencia es que no se generan más normas que sancionen con prisión a las conductas, salvo que obviamente sea necesario, ya que “la justificación de los tipos penales y la medida de las sanciones aplicables en los casos concretos, constituye un problema moral y político, el cual debe ser analizado de manera integral”,⁴⁸ más allá de caer en un populismo punitivo.

Una vez acotado lo anterior, en la ley por estudiar se sanciona la biopiratería cultural sin nominarla textualmente, ya que se establecen dos tipos penales específicos: el delito de uso y aprovechamiento indebido del patrimonio cultural y el delito de apropiación

indebida; el primero de los referidos se encuadra en el artículo 73, segmentado en tres fracciones.

La primera fracción establece de forma enunciativa, como medios comisivos, la reproducción, copia o imitación. Esto implica que es un delito de acción necesariamente y de corte doloso, ya que, de forma explícita, establece la intencionalidad de lucrar. Ahora bien, también establece que los medios comisivos pueden ser “en serie o industrialmente”;⁴⁹ ello alude a la producción en masa, pero bien pudo omitirse, puesto que esto excluye a la reproducción manual o individual, lo que segregaría a biopiratas de otras comunidades.

Por citar un ejemplo, actualmente en la región de Tehuacán, Puebla, se ha señalado, entre diversas comunidades, quién es el autor de un platillo tradicional prehispánico conocido como mole de caderas. Después de muchos años de reuniones informales, muy recientemente se convino en que todos en la región son sus creadores, a fin de estar en aptitud de registrarlo como denominación de origen o indicación geográfica. Este mismo caso ha sucedido con una muñeca de trapo denominada “Lele”, y con un bordado de la región, los cuales también han sido objeto de discusiones en una comunidad indígena zapoteca de Chilac, cerca de Tehuacán, Puebla, que proclama ser titular ancestral y donde los biopiratas señalados pertenecen a zonas aledañas.

Retomando el análisis dogmático, la LFPPCPCIA elimina los resquicios legales al mencionar el “grado de confusión”, figura usualmente utilizada en derecho industrial e intelectual para apelar a algún recoveco legal con el que se pueda aducir atipicidad;

⁴⁷ Gonzalo J. Alarcón Vital, y Adriana E. Garrido Hernández, “Cuando las marcas internacionales hacen uso de diseños tradicionales de comunidades autóctonas, ¿hablamos de inspiración o de plagio?”, *Cuaderno 141. Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, junio, 2021, pp. 77. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8403725.pdf>

⁴⁸ Héctor Carreón Perea, “Precisiones acerca de la criminalización”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, núm. 14, 2016, pp. 139–172. <https://bit.ly/3VAKtbT>

⁴⁹ LFPPCPCIA, *op. cit.*, art. 73.I.

además, indica como objeto material el patrimonio cultural, que se delimita en la fracción XII del artículo 3 de dicha ley, y postula como pasivos del delito al colectivo indígena y afromexicano, lo que les confiere una calidad específica no sólo por su pluralidad, sino, a su vez, por su etnicidad. Sin embargo, es necesario puntualizar que exige como requisito *sine qua non* la ausencia del consentimiento previo, libre e informado. Esta figura que se ha extendido desde la década pasada, surge en razón de la protección a los datos personales para su uso y tratamiento; aunque si bien lo explica el cuerpo normativo, no precisa una forma concreta, lo que puede propiciar el mismo problema y amplificarlo al legitimar un uso de forma abusiva.

En su segunda fracción establece, de forma amplia, como medio comisivo, el distribuir, vender, explotar o comercializar de forma segmentada el patrimonio en commento sin la autorización legal. Consideramos que esto conlleva la posibilidad de que, sin incurrir en plagio, el biopirata utilice a la propia comunidad para la producción y que funja como intermediario sin que cuente con el permiso legal. Esto también conduce al mismo problema: que se lucre, sin respetar, con el conocimiento ancestral, aprovechando que las comunidades no estén al tanto del alcance legal que pueden ceder sobre este.

La tercera fracción sanciona la difusión de las manifestaciones del patrimonio cultural de dichas comunidades que se hayan declarado inaccesibles “al uso, aprovechamiento, comercialización e industrialización”.⁵⁰ Tal declaratoria también se menciona en el proemio de la ley referida; sin embargo, no se establece un fin específico para dicha di-

fusión, sino que busca que se respete si algún patrimonio cultural simplemente no quiere darse a conocer. Recordemos que cierto conocimiento ancestral sólo puede recibarlo quien así lo merece por cuestiones de ritualidad.

El otro tipo penal se enfoca en la apropiación indebida; su medio comisivo también se presenta de forma casuística alternativa, a efecto de manifestar plagio en cualquier forma del patrimonio cultural; al igual que el tipo anterior, integra el grado de confusión, siempre y cuando se realice sin el consentimiento libre, previo e informado.

En el supuesto de la primera fracción del artículo 73, la penalización es de diez años y la multa de 2 050 Unidades de Medida y Actualización, de lo cual se deduce que la culpa responde a una mayor reprochabilidad, precisamente por la mercantilidad que se propicia. En las otras dos fracciones y para lo dispuesto en el cardinal 74, se estipula una pena de dos a ocho años, con una multa de quinientos a quince mil unidades, aunque consideramos que, con base en el juicio de reproche, los artesanos han expresado, ante el arrebato de titularidad, un sentir más indignado que con el mero aprovechamiento económico.

Estos tipos penales prevén una agravante única en su especie tipológica: duplican la sanción en caso de que generen “etnocidio cultural”, es decir, si erosionan o conflictúan con el efecto de poner en riesgo al patrimonio cultural. En este caso, la calificativa es de peligro y no se establece otra sanción si se materializa el resultado. Esta figura del etnocidio es compleja de acreditar, porque la educación, por ejemplo, puede tomarse como un mecanismo para tal efecto; se le ha llegado a considerar como un “instrumento de aculturación, lo cual en la práctica se ha traduci-

50 Ibidem, art. 73.III.

do”⁵¹ precisamente en un etnocidio, del que el Estado es el victimario porque “masifica la educación y desarrolla un etnocidio cultural [...], asimila las prácticas culturales indígenas a la esfera de lo estatal, y folcloriza las propuestas socio-políticas de los pueblos”.⁵² No se quiere decir con lo anterior que es incorrecto que se haya integrado la agravante, sino que es necesario explicar lo complejo de que se surta en la especie.

7. Conclusiones

La biopiratería cultural es un problema multifacético que requiere una atención urgente y una acción coordinada a nivel global; al entender y abordar las diversas dimensiones de este fenómeno, podemos trabajar hacia la protección y preservación del patrimonio cultural de las comunidades indígenas, asegurando que sus conocimientos y recursos sean utilizados de manera justa y respetuosa

Estos casos de biopiratería cultural demuestran la urgencia de establecer mecanismos legales y éticos para proteger los conocimientos y recursos de las comunidades indígenas; además, resaltan la importancia de reconocer y valorar su patrimonio cultural y biológico, garantizando su participación y que obtengan beneficios en cualquier

actividad que involucre sus conocimientos y recursos.

La biopiratería cultural puede tener impactos devastadores en los pueblos indígenas, afectando su economía, cultura, espiritualidad, derechos legales y biodiversidad; es esencial reconocer y respetar los derechos de las comunidades indígenas, asegurar su participación justa en los beneficios derivados de sus conocimientos y recursos, y promover políticas que protejan y preserven su patrimonio cultural y biológico.

La apropiación de conocimientos culturales debe ser abordada desde una perspectiva moral que considere la justicia, el respeto, el consentimiento informado, los derechos colectivos, la ética del conocimiento y el impacto espiritual, ya que sólo a través de una reflexión ética integral y respetuosa se puede avanzar hacia prácticas más justas y equitativas en la interacción con los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas.

Los enfoques teóricos sobre la biopiratería cultural deben ser examinados críticamente para identificar y mitigar posibles sesgos y limitaciones. Reconocer la importancia de las epistemologías indígenas, adoptar perspectivas holísticas, asegurar la participación comunitaria y equilibrar datos cuantitativos y cualitativos son pasos fundamentales para desarrollar un entendimiento más justo y efectivo de la biopiratería cultural.

Muchos enfoques teóricos carecen de una perspectiva holística, que es fundamental para comprender la biopiratería cultural en toda su complejidad. Las epistemologías indígenas suelen ser integrales y holísticas, ya que abarcan aspectos ecológicos, espirituales y sociales de manera interconectada y, sin una perspectiva adecuada, los análisis pueden fragmentar y distorsionar el conocimiento tradicional, cuando no consideren su contexto y significado integral.

⁵¹ Horacio Gómez Lara, “La educación intercultural y las identidades de género, clase y etnia”, *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, vol. 6, núm. 11, 2011, p. 291. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90618647010>

⁵² Sisa Pacari Bacacela, “Etnocidio cultural desde el Estado”, *Diario El Universo*, 2014. <https://bit.ly/3LhoTBu>

Un enfoque teórico que no incluya la participación activa de las comunidades indígenas puede estar seriamente limitado. La falta de involucramiento de las comunidades en la investigación y el diseño de políticas puede llevar a soluciones que no reflejan sus necesidades y perspectivas; además, la ausencia de participación comunitaria perpetúa relaciones de poder desiguales y puede resultar en la implementación de políticas ineficaces o injustas.

La Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas intenta abordar la necesidad urgente de proteger los conocimientos y expresiones culturales de estas comunidades; sin embargo, al basarse en conceptos de propiedad industrial y confundirlos con materia intelectual, puede generar desafíos técnicos y jurídicos que no siempre son adecuados para las realidades y necesidades de las comunidades indígenas y afromexicanas. Es fundamental ajustar la ley y su implementación para que se adecúen mejor a los contextos culturales y las capacidades de estas comunidades, con lo cual se garantiza una verdadera protección y valorización de su patrimonio cultural.

La Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas representa un esfuerzo significativo para proteger los derechos culturales de estas comunidades. Sin embargo, la insuficiente consideración de las epistemologías indígenas limita su efectividad. Para que la ley sea realmente justa y efectiva, es crucial integrar de manera más profunda y respetuosa los conocimientos y prácticas indígenas, de manera que se asegure que las comunidades sean verdaderas protagonistas en la protección de su patrimonio cultural. La ley pone especial énfasis en la necesidad de un consentimiento que sea pre-

vio, libre e informado, y establece penas para quienes infrinjan estos preceptos, independientemente de si alegan inspiración en las manifestaciones culturales.

Los tipos penales vertidos son importantes para la protección de este patrimonio, sin embargo, su enfoque basado en la propiedad industrial y la complejidad jurídica puede limitar su efectividad y accesibilidad. Para mejorar la ley, es crucial integrar las epistemologías indígenas, simplificar los procedimientos y asegurar una verdadera participación de las comunidades en la protección de su patrimonio cultural.

La ley en comento, junto con el Inventario del patrimonio cultural inmaterial, buscan proteger el patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas del uso indebido y apropiación por parte de terceros, garantizando que cualquier uso, reproducción, comercialización o explotación de este se realice con el debido consentimiento de las comunidades. Esto refleja un esfuerzo por respetar y proteger la integridad y autenticidad del patrimonio cultural indígena y afromexicano, evitando su explotación sin autorización.

8. Referencias

- ALARCÓN VITAL, Gonzalo J. y Adriana E. GARRIDO HERNÁNDEZ, “*Cuando las marcas internacionales hacen uso de diseños tradicionales de comunidades autóctonas, ¿hablamos de inspiración o de plagio?*”, *Cuaderno 141. Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, junio, 2021, pp. 59–82. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8403725.pdf>
- BÁEZ, Lourdes, “*El don de ‘ver’. Iniciación, saberes y praxis ritual entre los otomíes orientales*”, en María Cerón y Verónica Kugel

- (coords.), *Religiosidad y ontologías otopames*, Xalapa: Editora de Gobierno del Estado de Veracruz, 2022, pp. 37-44. <http://www.editoraveracruz.gob.mx/docs/religiosidad.pdf>
- BASAVILVAZO, Guillermo, “Modista francesa ‘robó’ diseño de prenda tradicional oaxaqueña”, *Excelsior*, 19 de noviembre de 2015. <https://www.excelsior.com.mx/global/2015/11/19/1058371>
- BECERRA MONTAÑE, Rocío, “Análisis crítico a la Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas”, *La Jornada del Campo*, núm. 187, 15 de abril de 2023. <https://www.jornada.com.mx/2023/04/15/delcampo/articulos/analisis-LFPPCPCIA.html>
- BEDECARRATZ SCHOLZ, Francisco Javier, *Estado y pueblo Mapuche: Una mirada desde el Derecho y las políticas públicas*, Santiago: Ril editores, 2020. <https://ediciones.uautonomia.cl/index.php/UA/catalog/book/39>
- BRANCH, Kayla, Floral embroidered spotted western graphic tees [post de Pinterest]. <https://mx.pinterest.com/pin/134122895142739100/>
- BRETÓN, Ángeles, “Artesanos de Gabriel Chilac acusan a Shein de plagio”, *El Universal Puebla*, 6 de julio de 2023. <https://www.eluniversalpuebla.com.mx/economia-y-negocios/artesanos-de-san-gabriel-chilac-acusan-shein-de-plagio/>
- CARREÓN PEREA, Héctor, “Precisiones acerca de la criminalización”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, núm. 14, 2016, pp. 139-172. <https://bit.ly/3VAKtbT>
- CASTAÑEDA DE LA CUEVA, Esmeralda, “La práctica cultural do bordado de San Antonino em Oaxaca – Mexico”, *Luciérnaga: Revista Virtual*, vol. 10, núm. 20, julio, 2018, pp. 27-44. <https://revistas.elpoli.edu.co/index.php/luc/article/view/pdf2/html>
- Colectivo Ääts, hilando caminos, “Estrategias y uso eficaz de la propiedad intelectual: Perspectivas y experiencias del empresariado de pueblos indígenas y comunidades locales”, *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, 15 de agosto de 2023. <https://bit.ly/3YyoKzp>
- DELGADO, Gian Carlo, “Biopiracy and Intellectual Property as the Basis for Biotechnological Development: The Case of Mexico”, *International Journal of Politics, Culture, and Society*, núm. 16, vol. 2, 2002, pp. 197-318. <https://www.jstor.org/stable/20020164>
- Dirección General del Servicio de Información Agroalimentaria y Pesquera (DGSIAP), *La leyenda del Xoloitzcuintle, el perro azteca*, México: Gobierno de México, 2020. <https://www.gob.mx/agricultura%7Cdgapi/es/articulos/la-leyenda-del-xoloitzcuintle-el-perro-azteca>
- Ebay, Anthropologie Shorts Daily Practice Marka Embroidered Knit Loungewear White Sz S [en línea]. <https://www.ebay.com/itm/256014977851>
- ECHEVERRÍA GARCÍA, Jaime, “Representaciones nahuas sobre los ‘otros’ indígenas en el municipio de Pahuatlán de Valle, Sierra Norte de Puebla”, *Dimensión*, núm. 77, vol. 26, 2019, pp. 94-130. <https://revistas.inah.gob.mx/index.php/dimension/article/view/15706/17604>
- EDUCA, “Rapsodia plaga diseños zapotecas de San Antonino Castillo Velasco”, en *educa Oaxaca* [en línea], 5 de agosto de 2016. <https://www.educaoxaca.org/rapsodia-plaga-diseños-zapotecas-de-san-antonino-castillo-velasco/>
- El Financiero, “Shein retira prenda que violenta propiedad intelectual de YucaChulás”, *El Financiero*, 21 de julio de 2022. <https://www.elfinanciero.com.mx/empresas/2022/07/21/shein-retira-prenda-que-violenta-propiedad-intelectual-de-yucachulás/>

El Universal, “Indigna nuevo plagio de textiles por marca internacional; copian huipil mazateco”, *El Universal*, 12 de enero de 2021. <https://www.eluniversal.com.mx/estados/indigna-nuevo-plagio-de-textiles-por-marca-internacional-copian-huipil-mazateco/>

Excélsior, “Acusan a Rapsodia de plagiar diseño zapoteca”, *Excélsior*, 4 de agosto de 2016. <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/08/04/1109081>

FAGETTI, Antonella, “*Ixtlamatki versus nahualli. Chamanismo, nahualismo y brujería en la Sierra Negra de Puebla*”, *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, núm. 10, vol. 5, diciembre, 2010, pp. 4–23. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-41152010000200004&lng=es&nrm=iso

FARFETCH, Zimmermann. *Vestido Ginger Swing [en línea]*, s. f. <https://www.farfetch.com/mx/shopping/women/zimmermann-vestido-ginger-swing-item-20574023.aspx?storeid=13537>

FIGUEROA SERRANO, David y Alma Esli BERNAL VALDÉS, “*Metáforas animales: el perro como representación creativa de la experiencia interespecie*”, *Tabula Rasa*, núm. 40, 2021, pp. 171–198. <https://www.redalyc.org/articulo.ao?id=39670741008>

FONTAINE, Aéries, “*Zara épingle par le Mexique pour appropriation culturelle*”, *Ancre Magazine [en línea]*, 31 de mayo de 2021. <https://ancre-magazine.com/zara-anthropologie-patowl-mexique-appropriation-culturelle/>

GABAYET, Natalia, “*El ritual sutil de conversión al nahualismo de los pueblos negros de la Costa Chica de Guerrero y Oaxaca*”, *Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 29, vol. 15, junio, 2020, pp. 109–134. <https://www.redalyc.org/articulo.ao?id=211062850028>

GÓMEZ LARA, Horacio, “*La educación intercultural y las identidades de género, clase y etnia*”, *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, vol. 6, núm. 11, 2011, pp. 273–298. <https://www.redalyc.org/articulo.ao?id=90618647010>

GÓMEZ SALAZAR, Mónica y Mauricio DEL VILLAR ZAMACONA, “*El concepto de propiedad y los conocimientos tradicionales indígenas*”, *En-claves del pensamiento*, núm. 5, vol. 3, junio, 2009, pp. 115–135. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2009000100007

GULATI, Riya, “*Biopiracy, a Biological Theft?*”, *International Journal of Legal Studies*, núm. 15, vol. 1, junio, 2019, pp. 317–350. <https://ijols.com/resources/html/article/details?id=190925&language=en>

HAMILTON, Chris, “*Intellectual Property Rights, the Bioeconomy and the Challenge of Biopiracy*”, *Genomics, Society and Policy*, núm. 4, vol. 3, 2008, pp. 26–45. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1186/1746-5354-4-3-26.pdf>

HEREDIA CAMPOS, Elma Beatriz, Diana CAHUICH-CAMPOS, Olga Silvia TERÁN Y CONTRERAS y Ramón MARIACA MÉNDEZ, “*Rituales para la protección de animales domésticos en los solares de Yaxcabá y Yaxunah, Yucatán, México*”, *Estudios de Cultura Maya*, núm. 59, 2022, pp. 191–216. <https://www.redalyc.org/articulo.ao?id=281371269007>

HUITRÓN, Lorna, “*Artesanos de Oaxaca denunciaron plagio de sus diseños*”, *Infobae [en línea]*, 20 de mayo de 2023. <https://www.infobae.com/mexico/2023/05/20/artesanos-de-oaxaca-denunciaron-plagio-de-sus-diseños/>

Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI), *inpi reprueba nuevo plagio de diseños textiles del pueblo mixe de Oaxaca*, México: Gobierno de México, 2021.

- <https://www.gob.mx/inpi/prensa/inpi-repreuba-nuevo-plagio-de-diseños-textiles-del-pueblo-mixe-de-oaxaca-276539>
- LÁZARO RUIZ, Eliseo, “*El estado actual de la ciencia forense en el contexto de la justicia transicional*”, *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, núm. 16, vol. 5, 2022, pp. 96-114. <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/o2/article/view/462/401>
- Ley Federal de Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas (LFPPCPCIA), *Diario Oficial de la Federación*, 17 de enero de 2022 (última reforma publicada el 29 de noviembre de 2023). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LF-PPCPCIA.pdf>
- Ley General de Víctimas (LGDV), *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013 (última reforma publicada por en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 2024). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>
- MANZO, Diana, “Acusan a J. Marie Collections de plagiar diseños de artesanas zapotecas”, *Aristegui Noticias*, 11 de agosto de 2023. <https://aristeguinoticias.com/1108/mexico/acusan-a-j-marie-collections-de-plagiar-disenos-de-artesanas-zapotecas/>
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Roberto, “*Sobre la existencia de un nahualismo purépecha y la continuidad cultural en Mesoamérica. Relaciones*”, *Estudios de historia y sociedad*, vol. 30, núm. 117, 2009, pp. 213-261. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-39292009000100008&lng=es&nrm=iso
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Roberto, “*Sobre la función social del buen nahualli*”, *Revista Española de Antropología Americana*, núm. 36, vol. 2, 2006, pp. 39-63. <https://revistas.ucm.es/index.php/REAA/article/viewFile/REAA0606220039A/23217>
- MATÍAS, Pedro, “*El INPI condena nuevo plagio de textiles Xaam nixuy de Oaxaca por parte de la empresa Antrhropologie*”, *Proceso*, 8 de julio de 2021. <https://www.proceso.com.mx/nacional/estados/2021/7/8/el-inpi-condena-nuevo-plagio-de-textiles-xaam-nxuy-de-oaxaca-por-parte-de-la-empresa-anthropologie-267434.html>
- MODESENS, *Daily Practice by Anthropologie Marka Embroidered Shorts in Blue [en línea]*. <https://modesens.com/product/daily-practice-by-anthropologie-marka-embroidered-shorts-blue-30369083/>
- Mundo Económico, “*Controversia por empresa francesa que patentó ropa artesanal de Oaxaca*”, *Prensa Libre*, 20 de noviembre de 2015. https://www.prensalibre.com/economia/empresa-francesa-patenta-ropa-artesanal-de-oaxaca/#google_vignette
- Newstimes, “*Mexico Accuses Cultural Appropriation of Zara, Anthropologie and Patowl brands*”, *Newstimes*, 31 de mayo de 2021. <https://www.newstimes.com/business/article/Mexico-accuses-cultural-appropriation-of-Zara-16214633.php>
- PACARI BACACELA, Sisa, “*Etnocidio cultural desde el Estado*”, *Diario El Universo*, 2014. <https://bit.ly/3LhoTBu>
- PAREDES PAREDES, Felipe Ignacio, “*Pueblos indígenas y tribales y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una mirada crítica*”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 21, 2021, pp. 167-196. <https://bit.ly/3Xf3bb>
- PATIÑO MARIACA, Daniel Mauricio y Adriana María RUIZ GUTIÉRREZ, “*La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolu-*

- ción de conflictos”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, núm. 122, vol. 45, 2015, pp. 213–255. <https://bit.ly/4eiZ-CXQ>
- PAYÁ PORRES, Víctor A., “Sociología y fotografía”, en Víctor Payá y Jovani Rivera (coords.), *Sociología etnográfica sobre el uso crítico de la teoría y los métodos de investigación*, México: UNAM-Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2017.
- PÉREZ PEÑA, Oscar Alberto, “Derechos colectivos de las comunidades sobre su propiedad intelectual: contradicciones entre propiedad industrial y conocimientos tradicionales”, *Revista Científica uisrael*, núm. 8, vol. 2, mayo, 2021, pp. 163–180. http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2631-27862021000200163&lng=es&nrm=iso
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid: Espasa-Calpe, 21^a ed., 1992.
- RODRÍGUEZ, Elizabeth, “Piden bordadoras y bordadores de Chilac leyes para defender las artesanías del plagio”, *La Jornada de Oriente*, 11 de julio de 2023. <https://www.lajornadadeoriente.com.mx/puebla/piden-bordadoras-y-bordadores-de-chilact-leyes-y-defender-artesanias-del-plagio/>
- Secretaría de Cultura, “Es momento de profundizar en el paradigma de inclusión radical, diversidad cultural y respeto a las libertades: Frausto Guerrero”, *Gobierno de México*, 8 de junio de 2021. <https://www.gob.mx/cultura/prensa/es-momento-de-profundizar-en-el-paradigma-de-inclusion-radical-diversidad-cultural-y-respeto-a-las-libertades-frausto-guerrero>
- Secretaría de Cultura, “La Secretaría de Cultura pide explicación a las marcas Zara, Anthropologie y Patowl por apropiación cultural en diversos diseños textiles”, *Gobierno de México*, 2021. <https://www.gob.mx/cultura/prensa/la-secretaria-de-cultura-pide-explicacion-a-las-marcas-zara-anthropologie-y-patowl-por-apropiacion-cultural-en-diversos-disenos-textiles>
- Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), *La diplomacia cultural mexicana y las empresas multinacionales textiles en el sur global cultural*, México: Instituto Matías Romero, Centro de Investigación Internacional, 2023. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/834971/NA14-Patrimonio_cultural_2023_esp-web.pdf
- SHIVA, Vandana, *Biopiracy: The Plunder of Nature and Knowledge*, California: North Atlantic Books, 17.^a ed., 2016.
- Sistema de Información Cultural (SIC), *Inventario del patrimonio cultural inmaterial*. México: Dirección General de Culturas Populares e Indígenas-Instituto Nacional de Antropología e Historia. <https://sic.cultura.gob.mx/index.php?table=fr-pintangible>
- Swissinfo.ch, “Vêtements: le Mexique reproche l'utilisation de dessins indigènes”, en Swissinfo.ch [en línea], 29 de mayo, 2021. <https://www.swissinfo.ch/toute-l-actu-en-bref/v%C3%AAtements--le-mexique-reproche-l-utilisation-de-dessins-indig%C3%A8nes/46661228>
- TALAVERA, Juan Carlos, “Pueblos indígenas repreban plagio de textiles”, *Excelsior*, 8 de julio de 2021. <https://www.excelsior.com.mx/expresiones/pueblos-indigenas-repreban-plagio-de-textiles/145882>
- VALLEJO TREJO, Erika Cecilia y Silvio Leonardo MESÍAS PATIÑO, “Conocimiento ancestral

como factor de resistencia en la protección ambiental frente al conflicto armado en Colombia”, Estudios Rurales, núm. 8, octubre, 2018, pp. 257-294. <https://estudiosrurales.unq.edu.ar/index.php/ER/article/download/399/782>

VARESE, Stefano, “*Los fundamentos éticos de las cosmologías indígenas*”, *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers alhim*, núm. 36, 2018. <https://journals.openedition.org/alhim/6899>

XIU, “*El dios mexica que condena el maltrato a los perros*”, en *Matador Network* [en línea], 18 de septiembre, 2017. <https://matadornetwork.com/es/dios-mexica-condena-maltrato-perros/>

3

Normativa comunitaria y delito de trata de seres humanos en el Código Penal español

Especial referencia a las necesidades de trasposición generadas por la Directiva 2011/36/UE y la Directiva (UE) 2024/1712¹

EU Regulations and the Crime of Trafficking in Persons in the Spanish Criminal Code. Special Reference to the Transposition Requirements Generated by Directive 2011/36/EU and Directive (EU) 2024/1712

• Carmen López Peregrín •

Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4063-5380>.
mclopper@upo.es

¹ Trabajo de investigación realizado en el marco del Grupo Interuniversitario e Interdisciplinario de Investigaciones sobre la Criminalidad (SEJ678).

Normativa comunitaria y delito de trata de seres humanos en el Código Penal español
Especial referencia a las necesidades de trasposición generadas por la Directiva
2011/36/UE y la Directiva (UE) 2024/1712

*EU Regulations and the Crime of Trafficking in Persons in the Spanish Criminal Code.
Special Reference to the Transposition Requirements Generated
by Directive 2011/36/EU and Directive (EU) 2024/1712*

• Carmen López Peregrín • Universidad Pablo de Olavide •

Fecha de recepción
07-10-2025

Fecha de aceptación
23-10-2025

Resumen

El delito de trata de seres humanos se introdujo en el ordenamiento jurídico español en 2010. La Directiva 2011/36/UE obligó a los Estados miembros a cumplir unos estándares mínimos en la persecución penal del delito de trata, lo que en España dio lugar a la modificación de la regulación de este delito en 2015. Por otro lado, en 2024 se aprobó una nueva norma en la Unión Europea en esta materia, la Directiva (UE) 2024/1712, que entró en vigor el 14 de julio y que modificó la Directiva de 2011 incluyendo imposiciones más severas para combatir la trata. El presente trabajo tiene como finalidad analizar si la actual regulación española cumple los requisitos de ambas Directivas o si, por el contrario, es necesaria alguna reforma legal para adaptar nuestro ordenamiento a las exigencias comunitarias.

Palabras clave

Trata de seres humanos, dignidad humana, derechos humanos, Derecho penal, maternidad subrogada, matrimonio forzado, adopción ilegal, Unión Europea.

Abstract

The crime of trafficking in human beings was introduced into the Spanish legal system in 2010. Directive 2011/36/EU obliged Member States to comply with minimum standards, which in Spain led to the modification of the regulation of this crime in 2015. However, in 2024, a new European Union regulation was approved in this area, Directive (EU) 2024/1712, which entered into force on 14 July and which amended the previous one by including harsher requirements to combat trafficking. The aim of this paper is to analyze whether the current Spanish regulation meets the requirements of both Directives or whether, on the contrary, some legal reform is necessary to adapt our legal system to the EU requirements.

Keywords

Trafficking in human beings, human dignity, human rights, criminal law, surrogate motherhood, forced marriage, illegal adoption, European Union.

Sumario

1. Introducción.
2. La trata de seres humanos en el Código penal español de 1995 antes y después de la reforma de 2010.
3. La Directiva 2011/36/UE y las reformas de 2015, 2021 y 2022.
4. Necesidades de trasposición al ordenamiento español generadas por la Directiva (UE) 2024/1712.
5. Recapitulación y conclusiones.
6. Referencias.

1. Introducción

El delito de trata de seres humanos se introdujo en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley Orgánica 5/2010,² ley de reforma que en esta materia pretendía, entre otras finalidades, adaptar la regulación española en esta materia a las exigencias internacionales y comunitarias. Sin embargo, menos de un año después de la aprobación de la LO 5/2010, entró en vigor la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI. Las exigencias de esta Directiva en relación con los estándares mínimos de protección frente a la trata obligaron al legislador español a modificar la regulación de este delito, trasposición que, en teoría, se llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 1/2015.³

Más recientemente se aprobó una nueva norma en la Unión Europea en esta materia, la Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Esta nueva Directiva, que entró en vigor el 14 de julio de 2024, incluyó previsiones más severas para combatir la trata.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar si la regulación española actualmente vigente cumple los requisitos de ambas Directivas (especialmente de la más reciente) o si, por el contrario, es necesaria alguna reforma legal para adaptar nuestro ordenamiento a las exigencias comunitarias.⁴ Para ello, esta investigación contiene básicamente tres partes. En primer lugar, los antecedentes del delito de trata en el Código Penal español hasta su introducción como delito autónomo en 2010 (apartado 2). En segundo lugar, la

-
- 2 Ley Orgánica 5/2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 152, 23 junio de 2010. <https://www.boe.es/boe/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-9953>
- 3 Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, *Boletín Oficial del Estado*, núm.

77, 31 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/boe/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3440>

- 4 No entraré aquí, por tanto, en otro tipo de análisis crítico de la regulación vigente del delito de trata en España, ni de las Directivas en sí, pues el objeto de esta investigación es solamente contrastar las exigencias comunitarias con la regulación española.

comparación entre la regulación de este delito existente en 2010 y las previsiones de la Directiva de 2011, para comprobar qué necesidades de adaptación había y si se cumplieron con la reforma de 2015 o con las de 2021 y 2022 (apartado 3). En tercer lugar, el apartado 4 analiza si la nueva Directiva de 2024 requiere de una nueva reforma del delito de trata. Para terminar, el apartado 5 comprende una breve recapitulación y conclusiones.

Por lo demás, y aunque la presente investigación se centra en la normativa comunitaria en la materia, se incluyen también referencias a la regulación internacional para clarificar algunas cuestiones.

2. La trata de seres humanos en el Código Penal español de 1995 antes y después de la reforma de 2010

2.1. La regulación española entre 1995 y 2010, y los compromisos internacionales y comunitarios en la materia

Aunque la trata de personas es un fenómeno mucho más antiguo, su regulación como delito autónomo en España no tuvo lugar sino hasta 2010.⁵

5 Los orígenes de la trata de personas se encuentran en la denominada “trata de blancas”, referida inicialmente al comercio transfronterizo de mujeres con fines de prostitución, y así se reflejaba en los instrumentos internacionales de la época, como el Acuerdo Internacional de 18 de mayo de 1904 para la Represión de la Trata de Blancas, el Convenio Internacional de 4 de mayo de 1910 Para la Represión de la Trata de Blancas, el Convenio Internacional de 30 de septiembre de 1921 para la Represión

de la Trata de Mujeres y Niños, o el Convenio internacional de 11 de octubre de 1933 para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad. En 1949, sin embargo, ya parecía haberse abandonado esta limitación en el Convenio de las Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 2 de diciembre de 1949, aunque en su articulado sobre mujeres y niñas contenía algunas referencias expresas. En cualquier caso, este concepto ha ido evolucionando con el tiempo. De un lado, el carácter transfronterizo ha ido perdiendo relevancia, puesto que se pone, por el contrario, el acento en la falta de consentimiento del sujeto afectado. De otro lado, se han ido ampliando tanto los sujetos (mediante la extensión del concepto de trata a los seres humanos en general, es decir, como capaz de afectar a cualquier persona con independencia de su sexo o raza), como las finalidades (que incluyen hoy, junto a la de explotación sexual, otras como la de imponer trabajos forzados o la de extracción de órganos). Un análisis resumido, pero muy interesante de la evolución del fenómeno de la trata con finalidad sexual puede verse en María Luisa Maqueda Abreu, “El tráfico de personas con fines de explotación sexual”, *Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000, pp. 24-26, y “Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas”, en *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 258-265; Además, se puede consultar un resumen de la evolución internacional de la lucha contra la trata de personas en el siglo xx, en Francisco de León Villalba, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 32-40, y en Juan Esteban Pérez Alonso, “Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas”, en *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 35-38.

En efecto, hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en España se confundían dos figuras delictivas que, en realidad, eran (y son) muy diferentes: el tráfico ilegal de personas y la trata de seres humanos. Y son diferentes porque el tráfico ilegal (*smuggling of migrants*) consiste en facilitar que una persona extranjera incumpla la normativa administrativa de entrada, salida o permanencia en un país, mientras que la trata de personas (*trafficking in persons* o *trafficking in human beings*) constituye un grave atentado contra la dignidad de una persona, nacional o extranjera, a la se explota sin su consentimiento (o con un consentimiento viciado).⁶

De hecho, a pesar de que este tipo de conductas (por separado o entremezcladas) eran ya de sobra conocidas en el entorno internacional en ese momento, en la versión original del Código Penal español de 1995 (en adelante, CP) no se incluyó ninguna previsión expresa en relación con la trata o el tráfico de personas.⁷

- 6 Hay que reconocer, sin embargo, que, siendo teóricamente conceptos diferentes, en la práctica se confunden fácilmente porque tienen grandes zonas en común y a menudo un mismo origen. No obstante, es fundamental en esta materia distinguirlos, en la medida en que la trata de seres humanos implica un grave ataque a la dignidad que debe ser perseguido penalmente, mientras que el tráfico ilegal, de por sí, solamente supone una infracción de las normas administrativas que regulan los flujos migratorios, por lo que la intervención penal en este ámbito debería ser muy respetuosa del principio de intervención mínima, aunque se exija en el delito un desvalor adicional que lo distinga de la mera infracción administrativa.
- 7 La versión original del Código Penal español de 1995 solamente se refería al tráfico de tra-

Sin embargo, poco después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el 24 de febrero de 1997, el Consejo de la Unión Europea aprobó una Acción Común sobre la Base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, Relativa a la Lucha contra la Trata de Seres Humanos y la Explotación Sexual de los Niños. En comparación con esta Acción Común, la regulación española era insuficiente.⁸ Por ello, la Ley Orgánica 11/1999,⁹

bajadores y castigaba en los entonces artículos 312.1 y 313.1 (provenientes del artículo 499 bis del anterior Código Penal) el tráfico ilegal de mano de obra y el favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores, delitos que solamente eran aplicables si se trataba de trabajadores que se desplazaban con la finalidad de realizar una actividad laboral. De lo contrario, las conductas solamente podían ser sancionadas, en su caso, a través de los delitos tradicionales (como homicidio, lesiones, detención ilegal, coacciones o amenazas) que hubieran podido tener lugar.

- 8 En este sentido, analizando el Código Penal de 1995 y comparándolo con la Acción Común, José Luis Díez Ripollés concluía que existían lagunas en la regulación española tanto sobre determinadas conductas de recluta de adultos y jóvenes con fines sexuales que no pudieran reconducirse a los delitos de los artículos 312 y 313 CP, como en relación con todas las actividades de recluta de menores con fines sexuales distintos de la prostitución (José Luis Díez Ripollés, “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española”, *Revista Penal*, núm. 2, 1998, pp. 17-22).
- 9 Ley Orgánica 11/1999, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 104, 1 de mayo de 1999. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744>

con la finalidad de adaptarse a las exigencias de la Acción Común (y aunque no la mencionara en su Exposición de Motivos¹⁰), introdujo en el apartado 2 del artículo 188 del CP el tráfico para la explotación sexual dentro de los delitos contra la libertad sexual.¹¹ En él se castigaba a quien “directa o indirectamente” favoreciera la “entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”.¹² Al margen de que quedaban fuera del tipo todas las conductas que no tuvieran finalidad de explotación sexual, la confusión entre trata y tráfico podía verse en ese artículo, ya que a pesar de requerir el uso de determinados medios comisivos

(violencia, intimidación, engaño o abuso) y la finalidad de la explotación sexual propia de la trata (lo que vinculaba el delito a la protección de la dignidad, como reconocía su propia Exposición de Motivos), el tipo consistía básicamente en el favorecimiento directo o indirecto de la entrada, permanencia o salida del territorio español, propio del tráfico ilegal.

Así las cosas, tampoco ayudó aclarificar la situación que la Ley Orgánica 4/2000 añadiera un nuevo delito en el artículo 318 bis del CP para castigar la conducta de promover, favorecer o facilitar “el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España”.¹³ Este delito, que lejos de

10 En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999 no citaba la Acción Común de 1997, aunque sí mencionaba otra anterior que no contenía referencias a sanciones, sino más bien a cuestiones formativas y preventivas, y de estudio comparado de las diferentes legislaciones en la materia (véase la Acción Común 96/700/JAI, de 29 de noviembre de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se establece un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños).

11 Un análisis del art. 188.2 del CP en la redacción de entonces puede verse en José Ulises Hernández Plasencia, “El delito de tráfico de personas para su explotación sexual”, en *Immigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 237-254 y en Francisco Javier de León Villalba, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 341-393.

12 Ley Orgánica 11/1999, *op. cit.*, art. 188.

13 Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 10, 12 de enero de 2000, art. 318 bis. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>. Sobre la redacción originaria del delito del artículo 318 bis del CP, véanse, por ejemplo, Pastora García Álvarez y Juana del Carpio Delgado, “Los delitos relativos al régimen de extranjería”, *El nuevo derecho de extranjería: estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Granada: Comares, 2001, pp. 388-407; María José Rodríguez Mesa, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 61-122; María Teresa Rodríguez Montañés, “Ley de extranjería y Derecho penal”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 2, 2001, pp. 1737-1742; Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro, “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”, en *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 287-308; José Ramón Serrano-Pie-

tener como finalidad la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros, como rezaba la rúbrica del nuevo Título XV bis del CP donde se incluía, se dirigía a proteger la política migratoria,¹⁴ pero preveía un tipo cualificado (artículo 318 bis.2 del CP) aplicable cuando se emplease “violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de necesidad de la víctima”, medios comisivos más propios de la trata que del tráfico ilegal.¹⁵

Sobrevino, entonces, una nueva reforma del Código Penal en esta materia, introducida por la Ley Orgánica 11/2003,¹⁶ que, entre otros

cambios, suprimió la modalidad específica de tráfico para la explotación sexual del artículo 188 del CP y la reintrodujo como tipo cualificado del delito de tráfico ilegal en el artículo 318 bis.2 del CP.¹⁷ Además de otros instrumentos europeos mencionados en la Exposición de Motivos de la ley de reforma,¹⁸ es posible que pudiera influir en la decisión del legislador español de 2003 de incluir la trata dentro de la regulación del tráfico ilegal, el hecho de que la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, aprobada en noviembre del año 2000, diera un tratamiento global al tráfico (*smuggling* o *trafficking*) por considerar que ambos fenómenos eran una expresión de la delincuencia

decasas, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 327-343 y Francisco Javier de León Villalba, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 239-275.

14 Miren Ortubay Fuentes, “El impreciso concepto de ‘tráfico ilícito de personas’ o la mentalidad de fortaleza sitiada”, en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, Argitalpen Zerbitzua, 2002, p. 448, y Patricia Laurenzo Copello, “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2003, pp. 68-74. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2216908> (aunque críticamente sostiene que este bien jurídico, de por sí, es insuficiente para justificar la intervención punitiva, opinión con la que estoy totalmente de acuerdo).

15 Miren Ortubay Fuentes, *op. cit.*, p. 442.

16 Ley Orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 234, 30 de septiembre de 2003. <https://www.boe.es>

es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088

17 Más detalles sobre los cambios que esta ley introdujo en el art. 318 bis del CP pueden verse en Ana Isabel Pérez Cepeda, *Globalización, tráfico ilícito de personas y Derecho penal*, Granada: Comares, 2004, pp. 151-281; Carolina Villacampa Estiarte, “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, *Revista Penal*, núm. 14, 2004, pp. 193-199, y María Jesús Guardiola Lago, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2007, *passim*, resumidamente en pp. 93-102.

18 En dicha Exposición de Motivos se mencionaban la reunión del Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 y los objetivos de armonización que contenía la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares y en la Decisión marco 2002/946/JAI, de 28 de noviembre, que refuerza el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada a la circulación y a la estancia irregulares.

organizada transnacional.¹⁹ No obstante, lo que olvidó el legislador español es que tanto en la normativa europea (que, según la Exposición de Motivos, era causa de la reforma), como en los dos Protocolos que incluía la Convención (uno sobre trata y otro sobre tráfico, denominados habitualmente como Protocolos de Palermo), a pesar de reconocerles puntos en común, estos conceptos se iban separando, de manera que, por el contrario, no estaba clara la distinción en nuestro Código Penal con la regulación introducida en 2003.²⁰

En efecto, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire²¹

obligaba a los Estados Parte a tipificar como delito las conductas de “tráfico ilícito de migrantes”, que definía 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.²²

La conducta que, por tanto, se consideraba necesario perseguir penalmente era la de ayudar a una persona a pasar una frontera sin haber cumplido los requisitos legales, pero solamente si dicha ayuda se prestaba con ánimo de lucro.

Por otro lado, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños,²³ definió la trata en su artículo 3 como:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recu-

19 La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución A/RES/55/25, de 15 de noviembre de 2000, y entró en vigor para España el 29 de septiembre de 2003.

20 Un estudio más pormenorizado de los instrumentos internacionales y europeos existentes en el momento de la reforma de 2003 puede verse en Juan Esteban Pérez Alonso y Federico Mayor Zaragoza, *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 93-147.

21 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNODC), Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y ratificado en España por el Instrumento de 21 de febrero de 2002. Más detalles sobre este Protocolo pueden verse, por ejemplo, en María Jesús Guardiola Lago, *op. cit.*, pp. 55-58.

22 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNODC), Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, *op. cit.*, art. 3.a.

23 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNODC), Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, Nueva York: onu, 2004. Este fue hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y ratificado en España por Instrumento de 21 de febrero de 2002. Más detalles sobre este Protocolo pueden verse, por ejemplo, en María Jesús Guardiola Lago, *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2007, pp. 46-55.

riendo 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.²⁴

O también como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción” de un menor de 18 años con fines de explotación, aunque no se emplee ninguno de los medios citados. A su vez, el artículo 3.a del Protocolo de Palermo sobre trata estableció que dicha explotación debía incluir, “[...] 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”.²⁵

De este modo y a pesar de que persistía alguna confusión,²⁶ a nivel internacional los

conceptos se iban delimitando y las diferencias entre ambos fenómenos se iban aclarando. Por el contrario, la Ley Orgánica 11/2003, al convertir la modalidad específica de tráfico para la explotación sexual del artículo 188.2 del CP en un tipo cualificado del delito de tráfico de personas del artículo 318 bis.2 del CP, estaba optando por regular conjuntamente dos fenómenos que tendría que haber deslindeado en virtud de los citados textos internacionales, en vigor en España.²⁷ Esta situación no cambió con la reforma del precepto operada por la Ley Orgánica 13/2007.²⁸

En esencia, la mayor crítica que se podía realizar a esta regulación era que la trata de

grantes considerase circunstancia agravante el que se dé lugar “a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación” (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNODC), Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, *op. cit.*, art. 6.3.b).

27 Es significativo, al respecto, que, aunque la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional fue aprobada el 15 de noviembre de 2000, entró en vigor para España el 29 de septiembre de 2003, es decir, el mismo día en que se aprobaba la Ley Orgánica 11/2003.

28 Ley Orgánica 13/2007, para la persecución extraterritorial de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 278, 19 de noviembre 2007. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=-BOE-A-2007-19879>. En efecto, dicha ley se limitó, en esta materia, a ampliar el ámbito de aplicación del delito del artículo 318 bis del CP para que abarcara también los casos en que el destino era cualquier otro país de la Unión Europea.

24 UNODC, Protocolo para Prevenir..., *op. cit.*, art. 3.

25 En el ámbito europeo, también es de esta época la hoy ya derogada Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, de lucha contra la trata de seres humanos, que establecía en su artículo 1.1 la necesidad de que cada Estado miembro castigase penalmente las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual. Sobre esta Decisión Marco y sus antecedentes, véase Juan Esteban Pérez Alonso, *Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 54-61.

26 No facilitaba la distinción, ciertamente, el hecho de que el artículo 6.3.b del Protocolo de Palermo contra el Tráfico Ilícito de Mi-

una persona para la explotación sexual, al preverse como un tipo cualificado del delito del artículo 318 bis del CP en su redacción de entonces, solamente podía castigarse si antes se daban los requisitos del tipo básico del tráfico ilegal, con lo cual se subordinaba el castigo de la trata a la contravención de la normativa administrativa reguladora en materia de extranjería, de modo que la reforma de 2003 (y su mantenimiento en 2007) tenía como consecuencia negativa, entre otras, la imposibilidad de castigar por este delito los casos en que se traficaba, con fines de explotación sexual, a nacionales o ciudadanos comunitarios, que sí estaban incluidos en el anterior artículo 188.2 del CP.²⁹

Por otro lado, en cuanto a las finalidades de la trata, suponía indudablemente un avance el hecho de que, al referirse este nuevo tipo cualificado a la finalidad de explotación sexual, ya no se agotaba el ámbito típico (como con el anterior artículo 188.2 del CP) en la prostitución, sino que se incluían otras finalidades relacionadas, por ejemplo, con la

intervención en espectáculos pornográficos o la elaboración de material pornográfico.³⁰ Sin embargo, esta modificación también se quedaba corta, en la medida en que no se mencionaron otras como los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos, que sí estaban incluidas en el artículo 3.a) del Protocolo de Palermo contra la trata.

Pero quizá el cambio más impactante de entre los introducidos por la reforma de 2003 fue el hecho de desvincular la trata del uso de los medios comisivos característicos de este fenómeno, que son los que determinan la ausencia de consentimiento válido y que sí se mencionaban en el anterior artículo 188.2 del CP. Por el contrario, tras esta reforma, se vinculaba la trata solamente al traslado ilegal y la finalidad de explotación sexual (artículo 318 bis.2 del CP), por lo cual se configuraban los medios comisivos violentos, intimidatorios o abusivos como una cualificación distinta, acumulable a la de trata.³¹ Con ello se

29 En sentido crítico, también Ana Isabel Pérez Cepeda, *Globalización, tráfico internacional ilícito...*, *op.cit.*, pp. 153 y 193-195; Herminio Ramón Padilla Alba, “El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciarío*, núm. 14, 2005, p. 10; María Jesús Guardiola Lago, *El tráfico de personas...* *op.cit.*, pp. 99 y 241-250; Carolina Villacampa Estiarte, “Título XV bis...”, *op. cit.*, p. 1133; y Alberto Daunis Rodríguez, “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2010, pp. 8 y 31-32. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3255642>

30 Así también Isabel Sánchez García de Paz, “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 3, 2005, p. 1624; y María Jesús Guardiola Lago, *op.cit.*, pp. 98-99 (incluyendo expresamente las finalidades de someter a una persona a esclavitud sexual o a matrimonio forzado).

31 Críticamente, entre otros, Concepción Carmona Salgado, “La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003: Reflexiones críticas acerca de un injustificado despropósito legislativo”, en *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 223-225; y Carolina Villacampa Estiarte, “Título XV bis”, *op. cit.*, p. 1133.

desvirtuaba el concepto mismo de trata, en el sentido en que se concebía en los textos internacionales y comunitarios ya vistos,³² y, de paso, se producía un injustificado incremento punitivo³³ que, además, excedía con mucho lo que imponían las normas internacionales y comunitarias en la materia.³⁴

En definitiva, la reforma de 2003 no solucionaba los problemas interpretativos existentes, no delimitaba correctamente tráfico y

trata, provocaba lagunas de punibilidad y, a la vez, excesos punitivos, y no se adecuaba a la normativa europea e internacional de la que supuestamente provenía la reforma. Sin embargo, a pesar de estos defectos, la regulación introducida en esta materia por la Ley Orgánica 11/2003, con las leves modificaciones introducidas en 2007, se mantuvo hasta el año 2010.³⁵

2.2. La creación del delito de trata de seres humanos

Diez años después de la aprobación de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, por fin la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, reconoció que el Código Penal español incumplía los mandatos de los compromisos internacionales, contenidos no sólo en los Protocolos de Palermo,³⁶ sino también en la Decisión Marco 2002/629/JAI³⁷ y en el

32 Así también María Luisa Maqueda Abreu, “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 1, 2006, p. 1501.

33 Críticamente, entre otros, Concepción Carmona Salgado, “La nueva regulación del tráfico ilegal...”, *op. cit.*, pp. 222-223; y Juan María Terradillos Basoco, “Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina”, en *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 270-271.

34 Así, por ejemplo, el artículo 3.2 de la hoy ya derogada Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, ya citada, exigía que la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual se castigara con penas privativas de libertad *cuyo máximo no fuera inferior a 8 años* cuando se cometiera poniendo en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima; contra una víctima particularmente vulnerable; mediante violencia grave o habiendo causado a la víctima daños particularmente graves; o en el marco de una organización delictiva. En este momento histórico, para esos casos, la pena que preveía el Código Penal español era la prisión de 7 años y 6 meses a 10 años (artículo 318 bis.2 y 3 del cp) o de hasta 15 años, o incluso, 22 años y 6 meses (artículo 318 bis.5 del cp, sobre organizaciones delictivas).

35 Para más detalles sobre la regulación española del tráfico ilegal y la trata de seres humanos desde la aprobación del Código Penal español de 1995 hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, véase Carmen López Peregrín, “La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos”, en *Derecho penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 71-88.

36 Como ya se ha dicho *supra*, los llamados Protocolos de Palermo complementaron la Convención de Naciones Unidas del año 2000.

37 La Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, de lucha contra la trata de seres humanos, aunque estaba ya en vigor en ese momento, no había sido considerada en la reforma española de 2003. Por el contrario, la Ley

Convenio de Varsovia de 2005.³⁸ El legislador español aceptó, pues, que nuestra regulación penal era incorrecta en esta materia y asumió la necesidad de separar dos figuras diferentes: el delito de tráfico ilegal, que se mantuvo en el artículo 318 bis del CP,³⁹ y un nuevo delito de trata de seres humanos que se incorporaba en un nuevo artículo 177 bis (suscripto en un nuevo Título VII bis del CP). Por lo demás, la doctrina, contraria a que la persecución de la trata apareciera supeditada a las exigencias de la política migratoria

Orgánica 5/2010 sí incluyó en su Disposición Final Sexta, entre la normativa comunitaria incorporada a España a través de esta ley, esta Decisión Marco.

38 Consejo de Europa, Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, Varsovia, 2005. Referencia: 16.V.2005. Se realizó en Varsovia el 16 de mayo de 2005 y fue ratificado por España el 2 de septiembre de 2009. Este convenio, en su artículo 4, daba también una definición de trata desvinculada de la inmigración ilegal y relacionada con la falta de consentimiento y la finalidad de explotación.

39 Un resumen de los cambios introducidos por la Ley Orgánica 5/2010 en el delito de tráfico ilegal puede verse, por ejemplo, en Miriam Cugat Mauri, “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 159-160 y 163-164; Guillermo Portilla Contreras y Esther Pomares Cintas, “Los delitos relativos al tráfico legal o la inmigración clandestina de personas”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 359-365; o en Carmen López Peregrín, *op. cit.*, pp. 89-91.

estatal, había reclamado insistentemente esta separación.⁴⁰

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 indicaba que la trata se introducía como un delito en el que prevalecía “la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren”.⁴¹ Su con-

40 Al respecto, véase, por todos, Alberto Daunis Rodríguez, “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, *op. cit.*, *passim*.

41 Ley Orgánica 5/2010, *op. cit.* Un amplio sector doctrinal ha vinculado también el delito de trata con el bien jurídico de la dignidad, sea unido a la libertad (por ejemplo, Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, 18^a ed., p. 207; Juan María Terradillos Basoco, “Trata de seres humanos”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 208 y “Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 41, 2021, p. 47; Virginia Mayordomo Rodrigo, “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 31, 2011, pp. 351-352; Dulce María Santana Vega, “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Nova et Vetera*, núm. 64, vol. 20, 2011, p. 84; Miguel Ángel Cano Paños, “Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilado y los de trata de seres humanos”, *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid: Dykinson, 2015, p. 423; María Isabel Gómez López y Esther Muñoz Sánchez, “Algunas cuestiones en torno al delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 123, 2017, p. 226; o Marco Chaves Carou, “Comparación analí-

tico-dogmática de los delitos de matrimonio forzado y de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonios forzados”, *Revista Sistema Penal Crítico*, núm. 3, 2022, p. 139), sea considerando la dignidad como el único bien jurídico protegido en este delito (así, entre otros, Carolina Villacampa Estiarte, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Navarra: Aranzadi, 2011, pp. 408-409; Agustina Iglesias Skulj, “De la trata de seres humanos: art. 177 bis CP”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 567; Carmen López Peregrín, “La protección de la dignidad humana...”, *op.cit.*, p. 91; o María Marta González Tascón, “A propósito de la trata de seres humanos: análisis de la modalidad básica del delito de trata de seres humanos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 59, 2020, pp. 76-77). Otro sector doctrinal sostiene, por el contrario, que la dignidad humana no puede adquirir la condición de bien jurídico y que lo que se protege en la trata es la integridad moral (por ejemplo, Esther Pomares Cintas, “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-15, 2011, p. 6; o Ana Isabel Pérez Machío y Leire Berasaluze Gerrikagoitia, “A vueltas con la ‘dignidad humana’ como bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos: razones para su cuestionamiento”, en *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*, vol. II, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021, p. 1703), o la integridad moral y la libertad conjuntamente (así, entre otros, Leire Berasaluze Gerrikagoitia, “Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el art. 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad o la plurifonsividad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-31, 2022, p. 21). Clara Moya Guillem sostiene una postura original: que junto a la integridad moral y la

figuración como delito contra la dignidad,⁴² al abarcar todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o extranjeros, fuera la trata inter-

libertad, el bien jurídico protegido sería diferente según la finalidad de explotación perseguida (“El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015”, en *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016, pp. 292-296). En mi opinión, ningún problema hay en entender que la dignidad, además de ser un principio informador de todo el ordenamiento, constituye también en sí un bien jurídico que se ve conculado cuando la persona es humillada, envilecida, tratada como un instrumento, cosificada. En general, sobre el concepto de dignidad como objeto de protección penal, véase Mercedes Alonso Álamo, “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, núm. 19, 2007, pp. 3-20; y sobre el bien jurídico protegido en el delito de trata, entre otros, Clara Moya Guillem, *op. cit.*, pp. 285-299; Esteban Juan Pérez Alonso, “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, en *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 521-546; y Leire Berasaluze Gerrikagoitia, *op.cit.*, pp. 1-28.

⁴² Parto aquí del bien jurídico *dignidad*, entendido como el derecho de una persona a ser tratada como tal, a no ser humillada, envilecida, cosificada. La vinculación entre ataque a la dignidad y trata se establecía ya en el Preámbulo del Convenio de las Naciones Unidas para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949: “Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana...” (Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Preámbulo”, Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, 2 de diciembre de 1949).

na o transnacional,⁴³ dio lugar, por otro lado, a una regulación mucho más coherente con la consideración internacional y comunitaria de la trata como una grave violación de los derechos humanos.⁴⁴

43 En efecto, antes de que la reforma de 2010 diera autonomía al delito de trata, al estar configurado el tráfico de personas para la explotación sexual como un tipo cualificado del delito de tráfico *ilegal*, se subordinaba el castigo de la trata a la contravención de la normativa administrativa reguladora en materia de extranjería, de modo que era imposible castigar por este delito los casos en que se traficaba con fines de explotación sexual con nacionales o con ciudadanos comunitarios. En sentido crítico, se expresa también Ana Isabel Pérez Cepeda, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de los extranjeros*, Granada: Comares, 2004, pp. 153 y 193-195; Herminio Ramón Padiella Alba, *op. cit.*, p. 10; María Marta Guardiola Lago, *op. cit.*, pp. 99 y 241-250; Carolina Villacampa Estiarte, “Título XV bis...”, *op. cit.*, p. 1133; y Alberto Daunis Rodríguez, “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, *op. cit.*, pp. 8 y 31-32.

44 Sostienen expresamente que la trata constituye una violación de los derechos humanos, por ejemplo, el “Preámbulo” del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, o el Considerando 1 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI, del Consejo.

El artículo 177 bis.1 del CP, que definía el tipo básico del delito de trata, se introdujo en 2010 con la siguiente redacción:

Art. 177 bis.

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiore o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:
 - a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.
 - b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
 - c) La extracción de sus órganos corporales.⁴⁵

A pesar de las modificaciones que habría de sufrir después el texto de este artículo, puede afirmarse que, desde su introducción como delito autónomo, la trata de seres humanos ha mantenido la misma estructura, basada en tres características principales: *a)* una conducta de control de una persona o de transferencia de una persona de un lugar a otro, o de una situación a otra; *b)* el uso de

45 Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, España, 23 de noviembre de 1995, art. 177 bis. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2024-118

unos medios comisivos que anulen o vicien el consentimiento de la persona afectada, y c) una finalidad de explotación.⁴⁶ La misma estructura, por cierto, que tenía este delito tanto en el artículo 3.a del Protocolo de Palermo contra la trata, como en el artículo 1.1 de la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, de lucha contra la trata de seres humanos.

Respecto a los medios comisivos y la ausencia de consentimiento válido, desde el principio se incluyeron dos precisiones en el Código Penal español que se han mantenido después. De un lado, se indicaba que, en el caso de víctimas menores, se consideraba trata la conducta descrita en el tipo básico aun cuando no se usara ninguno de los medios comisivos en él enunciados (artículo 177

bis.2 del CP).⁴⁷ De otro, se dejaba claro que el consentimiento de una víctima conseguido usando uno de esos medios comisivos se considera irrelevante.

Se recogieron, además, varios tipos cualificados, referentes a la puesta en peligro de la víctima, la minoría de edad de la víctima o su carácter especialmente vulnerable (apartado 4), al prevalimiento del carácter público (apartado 5) o a la pertenencia del culpable a una organización o asociación delictiva dedicada a actividades de trata (apartado 6).

Por otro lado, desde su introducción como delito se preveían la responsabilidad de las personas jurídicas (apartado 7), el castigo de los actos preparatorios (apartado 8), el reconocimiento de la reincidencia internacional (apartado 10) y una excusa absolutoria para los delitos que hubiera podido cometer una persona en la situación de explotación sufrida (apartado 11).

Por último, el apartado 9 establecía que las penas previstas para la trata habrían de imponerse sin perjuicio de las que correspondiesen, en su caso, por el delito del artículo 318 bis del CP o por cualquier otro delito cometido, al mismo tiempo que mencionaba expresamente los constitutivos de la correspondiente explotación.

46 Sobre la regulación del delito de trata, en los términos en que fue introducido este delito en 2010, véanse, entre otros, Miriam Cugat Mauri, *op. cit.*, pp. 160-163; Francisco Muñoz Conde, *op. cit.*, pp. 206-211; Juan María Terradillos Basoco, “Trata de seres humanos”, *op. cit.*, pp. 207-217; Virginia Mayordomo Rodrigo, *op. cit.*, pp. 325-390; Dulce María Santana Vega, “El nuevo delito de trata de seres humanos (lo 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 104, 2011, pp. 80-108; Carolina Villacampa Estiarte, “El delito de trata de seres humanos en el Código Penal Español”, en *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2012, pp. 387-414; Alberto Daunis Rodríguez, *El delito de trata de seres humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, *passim*; o Carmen López Peregrín, “La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos”, *op. cit.*, pp. 91-99.

47 Sobre las particularidades que plantea la trata de menores, en especial cuando se realiza con finalidad de explotación sexual, véase Carmen López Peregrín, “Algunas cuestiones problemáticas que plantea la aplicación del delito de trata para la explotación sexual cuando la víctima es menor de edad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-11, 2023, *passim*.

3. La Directiva 2011/36/UE y las reformas de 2015, 2021 y 2022

3.1. Insuficiencias de la regulación del delito de trata de 2010, Directiva 2011/36/UE y Ley Orgánica 1/2015

Poco después de la entrada en vigor en España de la reforma de 2010, se aprobaba la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo. Esta Directiva, que buscaba, según su Considerando 7, adoptar en la lucha contra la trata un enfoque “integrado, global y basado en los derechos humanos”,⁴⁸ afectaba ciertamente múltiples aspectos, referidos, por ejemplo, a la prevención o a la asistencia y apoyo a las víctimas de trata, motivo por el cual su abordaje de la trata suele englobarse en las llamadas políticas 3P (persecución, prevención, protección).⁴⁹

48 Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, núm. 101/1, 5 de abril de 2011, párr. 7. <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>

49 Carolina Villacampa Estiarte, “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas: ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-14, 2011, p. 33. Esta Directiva supuso, en efecto, el tránsito desde un paradigma criminocén-

Aquí, sin embargo, me limito a analizar cuáles eran las exigencias de la Directiva 2011/36/UE referidas al Derecho penal material, para comprobar si la regulación española de 2010 las cumplía o no.

Al respecto, la citada Directiva obligaba a los Estados miembros a poner en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella, a más tardar, el 6 de abril de 2013.⁵⁰ Sin embargo, la reforma del delito de trata no ocurrió, en España, sino hasta 2015, cuando se aprobó la Ley Orgánica 1/2015.⁵¹ La vinculación entre

trico o represor, a uno victimocéntrico, que ubica la trata en el contexto de la protección de los derechos humanos y pone el énfasis en las medidas protectoras de las víctimas y en la prevención del fenómeno (*Ibidem*, p. 2). Sobre lo que supone una aproximación victimocéntrica a la trata, véase Carolina Villacampa Estiarte, *El delito de trata de seres humanos*, *op. cit.*, pp. 145-245). Sobre las medidas de prevención y protección incluidas en la Directiva 2011/36/UE, véase, respectivamente, Carolina Villacampa Estiarte, “La nueva Directiva europea...”, *op.cit.*, p. 35 y pp. 36-42.

50 Artículo 22.1 de la Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*: “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 6 de abril de 2013”. Sobre la Directiva 2011/36/UE puede verse Dulce María Santana Vega, “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *op. cit.*, *passim*; y Carolina Villacampa Estiarte, “La nueva Directiva europea...”, *op.cit.*, pp. 33-52.

51 Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 77, 30 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/>

esta Directiva y la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 en este ámbito se reconocía, de hecho, en el apartado I del Preámbulo de esta ley.⁵²

En los sucesivos apartados analizo las previsiones de la Directiva 2011/36/UE, las insuficiencias que al respecto presentaba la regulación española de 2010 y (en su caso) la respuesta que dio (o no dio) a esta situación la Ley Orgánica 1/2015. No obstante, y aunque la Directiva ocupa una prioridad central de la exposición, hago también distintas menciones tanto del Protocolo de Palermo de 2000 contra la trata, como de la Decisión Marco 2002/629/JAI y del Convenio de Varsovia de 2005.

[buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3440](http://www.boe.es/boe/denuncia/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3440). Sobre la regulación del delito de trata después de la reforma de 2015, véanse, entre otros, Miguel Ángel Cano Paños, *op. cit.*, pp. 421-432; Agustina Iglesias Skulj, *op. cit.*, pp. 566-571; Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 20^a edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, 2015, pp. 169-173; Carolina Villacampa Estiarte, “El delito de trata de seres humanos”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 399-418; o Carmen López Peregrín, “La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos”, *op. cit.*, pp. 63-124.

52 En el apartado I del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, *op. cit.*, en efecto, se decía expresamente que “[...] buena parte de las modificaciones llevadas a cabo están justificadas por la necesidad de atender compromisos internacionales” y se mencionaba, entre las normas cuya trasposición se abordaba, la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

3.1.1. Exigencias de la Directiva 2011/36/UE relativas a la configuración del tipo básico

Partimos aquí de la definición de la trata que se recogía en la regulación de 2010 en torno a los tres requisitos ya mencionados: a) una conducta de control de una persona o de transferencia de una persona de un lugar a otro, o de una situación a otra; b) el uso de unos medios comisivos que anulen o vicien el consentimiento de la persona afectada; y c) una finalidad de explotación. Seguimos esta misma estructura para analizar ahora, en cada uno de estos puntos, lo que la Directiva 2011/36/UE exigía en la definición de trata, añadiendo al final (d) una crítica a las referencias a la nacionalidad y al territorio incluidas en el artículo 177 bis.1 del CP.

a) En primer lugar, respecto a la conducta de control o transferencia, el artículo 2.1 de la Directiva 2011/36/UE exigía que se incluyeran, en la definición de trata, la realización intencionada de las siguientes conductas: captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre éstas.

Por su parte, el artículo 177 bis del Código Penal español, en su redacción de 2010, incluía la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la recepción o el alojamiento de una persona.⁵³ Por tanto, había una conducta

53 Sobre el significado concreto de estos términos, véanse, por ejemplo, Dulce María Santaña Vega, “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *op. cit.*, pp. 86-87; Carolina Villacampa Estiarte, *El delito de trata de seres humanos*, *op. cit.*, pp. 416-421; Alberto Daunis Rodríguez, *El delito de trata de seres humanos*, *op. cit.*, pp. 82-85; o Tania García Serrano, “La reforma del Código penal español

en la regulación española que no estaba en la Directiva (*alojar*)⁵⁴ y, lo que era más relevante, había una conducta en la Directiva que no se encontraba en la regulación española: el intercambio o la transferencia de control sobre una persona. Es más, esta conducta se había incluido ya en el artículo 1.1 de la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, mención que ignoraron tanto el legislador de 2003, como el de 2010, por lo que el incumplimiento de la regulación española en este punto venía ya de lejos.⁵⁵

La respuesta que dio en este ámbito la Ley Orgánica 1/2015 fue completa, en la medida en que incluyó en el tipo básico del artículo 177 bis.1 del CP una referencia expresa al “intercambio o transferencia de control” sobre una persona y eliminó la conducta de “alojar”.⁵⁶

motivada por la trasposición de la Directiva 2011/36, sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 8, 2013, pp. 122-123.

54 La conducta de *alojar* no se encontraba ni en el artículo 3.a) del Protocolo contra la trata, ni en el artículo 1.1 de la Decisión Marco 2002/629/JAI, aunque sí se mencionaba en el artículo 4.a del Convenio de Varsovia de 2005.

55 En contra, para la Fiscalía General del Estado (Circular 5/2011, de 2 de noviembre, apartado II.2), podía entenderse que la cesión o transferencia de la víctima estaba incluida en el concepto de “traslado”. Tenía razón, sin embargo, en mi opinión, Villacampa cuando sostenía que ello suponía realizar una interpretación extensiva que podría vulnerar el principio de legalidad (Carolina Villacampa Estiarte, “La nueva Directiva europea...”, *op. cit.*, p. 50).

56 Aunque el mantenimiento de la conducta de *alojar* en la regulación española, tras la

b) En cuanto a los medios comisivos, el artículo 2.1 de la Directiva 2011/36/UE exigía la inclusión de la amenaza, el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona. En este contexto, el artículo 2.2 de la Directiva daba una definición auténtica de la situación de vulnerabilidad, refiriéndola al caso en que “la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso”.⁵⁷ Y en los apartados 4 y 5 de dicho artículo 2, se establecía que el consentimiento de una víctima de trata es irrelevante cuando se usan los medios comisivos de la trata y que, cuando se trata de un niño (entendido como menor de 18 años), hay trata, aunque no se usen dichos medios comisivos.

Estas dos últimas previsiones respecto al consentimiento ya se encontraban incluidas en los apartados 2 y 3 del artículo 177 bis del Código Penal español desde 2010, por lo que, en este ámbito, la Ley Orgánica 1/2015 no necesitó hacer ninguna modificación.

Directiva de 2011, no hubiera supuesto una contradicción con ésta (en la medida en que lo que la Directiva recoge, como se indica en su artículo 1, son las normas mínimas), su supresión no solamente adecuaba mejor la normativa española a la comunitaria, sino que facilitaba la interpretación del precepto, puesto que el alojamiento podía (y puede) entenderse como incluido ya en la acogida o la recepción (así opina, entre otros muchos, Agustina Iglesias Skulj, *op. cit.*, p. 568).

57 Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*, art. 2.2.

Sin embargo, y en lo que respecta a los medios comisivos, la versión original del artículo 177 bis.1 del CP solamente mencionaba en su redacción de 2010 la violencia, la intimidación, el engaño y el abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Algunas diferencias entre las exigencias de la Directiva 2011/36/UE y la regulación española eran más o menos fáciles de salvar. Así, la “amenaza” de la Directiva se correspondía obviamente con la “intimidación” del Código Penal español y cabía entender, sin gran dificultad, que el término “violencia” del Código Penal español abarcaba lo que la Directiva 2011/36/UE denomina “uso de la fuerza u otras formas de coacción”. También era posible entender que el “fraude” (no incluido en el artículo 177 bis.1 del Código Penal español, pero mencionado en la Directiva) no tiene un significado distinto al “engaño” de la regulación española o, al menos, podía entenderse que estaba incluido en éste.⁵⁸ Con más dificultad, pero también en una interpretación razonable, podía aceptarse que “el abuso de poder” de la Directiva se correspondía con el abuso de superioridad de

la regulación española, o al menos que aquél podía incluirse en éste.⁵⁹ Si esto era así, solamente habría dos medios comisivos incluidos en la Directiva que faltaban por completo en la regulación española de 2010: el “rapto” y “[...] la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona [...]”.⁶⁰

Respecto a lo primero, no creo que la falta de mención del rapto en el artículo 177 bis.1 del CP diera lugar a ninguna laguna de punibilidad, debido a que las conductas de rapto suelen implicar violencia, intimidación o engaño, medios que sí se incluían expresamente.⁶¹

Más difícil de salvar era la falta de mención de la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona entre los medios comisivos de la

58 Para Dulce María Santana Vega (“El nuevo delito de trata...”, *op. cit.*, p. 91), *engaño* y *fraude* se diferenciarían en el elemento económico, pues mientras que el engaño no lo presupone, el fraude sí, al entenderse como la inducción a error que, además, causa un perjuicio económico. En cualquier caso, aun aceptando que hay una diferencia entre ellos, cabe entender que la referencia al engaño de la legislación española estaría ya abarcando también el fraude (así también propone Dulce María Santana Vega, “El nuevo delito de trata...”, *op. cit.*, p. 91; o Tania García Sedano, “La reforma del Código...”, *op.cit.*, 2013, p. 126).

59 Otra interpretación mantiene, por ejemplo, Dulce María Santana Vega, “La directiva 2011/36/UE...”, *op. cit.*, p. 215, para quien el abuso de poder se refiere al prevalimiento del carácter público.

60 Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*, art. 2.1.

61 Así también opina Carolina Villacampa Estiarte, “El delito de trata...”, *op.cit.*, p. 422. Como explica Santana Vega, el delito de rapto desapareció del Código Penal español en 1978, “[...] por anacrónico y discriminatorio, ya que en la concepción original del término la privación de libertad solamente iba referida a una mujer honesta y con fines de naturaleza sexual”, por lo que actualmente “habrá de ser entendida tal referencia a la detención ilegal de toda persona sometida a la trata con cualquiera de los fines de explotación” que se incluyan en la trata (Santana Vega, “La Directiva 2011/36/UE...”, *op.cit.*, p. 215).

normativa española, ya que esta conducta, además de en la Directiva 2011/36/UE, estaba también recogida en varios instrumentos internacionales y comunitarios anteriores,⁶² lo que fue ignorado por nuestro legislador en la reforma de 2010. Fue preciso, por ello, que la Ley Orgánica 1/2015 modificara en este punto el tipo básico del delito de trata del artículo 177 bis.¹ del CP para incluir expresamente este medio comisivo. La respuesta que dio en este ámbito la Ley Orgánica 1/2015 fue, por tanto, completa.⁶³

62 En efecto, la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona era un medio comisivo que estaba incluido en la definición de trata contenida el artículo 3.a) del Protocolo de Palermo contra la trata de 2000, en el artículo 1.1.d de la hoy derogada Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, y en el artículo 4.a del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (Convenio de Varsovia). Críticamente aborda este tema, por ejemplo, Carolina Villacampa Estiarte, “El delito de trata...”, *op.cit.*, p. 422. Para Daunis, esta omisión podía salvarse entendiendo que la concesión de pagos o beneficios sitúa a la víctima en una clara situación de necesidad o vulnerabilidad frente al sujeto activo que pretende explotarla, pero, en mi opinión, esto desbordaba el sentido literal del precepto (Alberto, Daunis Rodríguez, “El delito de trata de seres humanos”, *op.cit.*, p. 87).

63 Hay una diferencia, pero creo que es salvable: el artículo 2.1 de la Directiva de 2011 se refería a “la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona” (Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*, art. 2.1), mientras que el artículo 177 bis.¹ del CP se refería, tras la reforma de 2015, a “la entrega

De hecho, la Ley Orgánica 1/2015 hizo algo más, pues también incluyó, en un nuevo último párrafo en el apartado 1 del artículo 177 bis del CP, una definición auténtica de “situación de vulnerabilidad” que era copia exacta del artículo 2.2 de la Directiva 2011/36/UE. El problema era que la regulación española introducida daba esa misma definición para la situación de abuso de vulnerabilidad y para la de abuso de necesidad (medio comisivo que no mencionaba ni la Directiva de 2011 ni ningún otro instrumento internacional o comunitario en la materia), lo que complicaba bastante la interpretación del precepto español y la delimitación entre ambos conceptos.⁶⁴ No puede entenderse esto, sin

o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la *víctima*” (la cursiva es mía). Esta diferencia podría hacer pensar que la regulación española tiene un ámbito más estrecho de aplicación, de manera que el tipo solamente se cumpliría en situaciones de “retrata”, esto es, cuando la persona ya ha sido *víctima* de trata y ahora es cedida a un tercero. Creo, por el contrario, que no hay diferencia material entre ambos textos normativos y que hay que entender que en España el delito se comete cuando se entregan o reciben pagos para lograr la cesión del control sobre una persona, haya sido esta ya víctima de trata anteriormente o no (por ejemplo, para conseguir la cesión de un menor por parte de sus padres).

64 La doctrina ha sido crítica con esta equiparación, entre otras razones, porque la consideración del abuso de situación de necesidad como medio comisivo de la trata genera el peligro de que se acaben incluyendo en este delito situaciones en que el sujeto tiene una posición económica difícil que le lleva

embargo, como un incumplimiento español de la normativa comunitaria.

c) Por lo que respecta al elemento subjetivo del injusto del delito de trata, el artículo 177 bis.⁶⁵ del CP, en su redacción original, mencionaba como finalidades que habían de perseguirse en la trata las siguientes: a) la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad; b) la explotación sexual, incluida la pornografía; y c) la extracción de sus órganos corporales.⁶⁶

a tomar ciertas decisiones o aceptar ciertos traslados o condiciones de trabajo, pero que no invalidan su consentimiento ni son equiparables a los casos de uso de violencia o de intimidación, o de abuso de situación de vulnerabilidad. Véanse, al respecto, entre otros, Miguel Ángel Cano Paños, “Los delitos de violencia doméstica...”, *op.cit.*, p. 427, por considerar que la fórmula escogida “propone un inadecuado tratamiento de supuestos de muy diversa índole y naturaleza” que además se definen con excesiva amplitud; o Carolina Villacampa Estiarte, “El delito de trata de seres humanos”, *op.cit.*, pp. 405-406, a quien preocupaba que dicha amplitud pudiera llevar a calificar como trata “supuestos en que el constreñimiento de la voluntad de la víctima resulta excesivamente sutil, haciendo el juego a quienes se empecinan, por ejemplo, en identificar cualquier forma de prostitución como manifestación de la trata, con el consiguiente e inadecuado tratamiento parejo de supuestos de muy diversa intensidad lesiva”.

65 El artículo 3.a del Protocolo de Palermo contra la trata de 2000 y el artículo 4.a del Convenio de Varsovia de 2005 solamente mencionaban la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual,

Por su parte, el artículo 2.3 de la Directiva 2011/36/UE indicaba que las finalidades de explotación que habían de incluirse en la trata debían ser:

[...] como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos.⁶⁷

Como puede apreciarse fácilmente, la regulación española ya mencionaba desde 2010 la explotación de la mendicidad, que fue una novedad de la Directiva 2011/36/UE. Pero había una finalidad recogida en esta Directiva que no estaba incluida en la regulación española: la explotación para realizar actividades delictivas.⁶⁸ Respecto a esta finalidad, aunque quizás podía salvarse su omisión por vía interpretativa,⁶⁹ resultaba más correcto

los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos; y el artículo 1.1 de la Decisión marco 2002/629/JAI ni siquiera incluía esta última. Así que la redacción original del artículo 177 bis.⁶⁵ del CP respetaba los textos internacionales y comunitarios vigentes en el momento de su aprobación.

66 Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*, art. 2.3.

67 Esta finalidad también era una novedad de la Directiva 2011/36/UE, pues no se mencionaba ni en el Protocolo de Palermo de 2000, ni en la Decisión Marco 2002/629/JAI, ni en el Convenio de Varsovia de 2005.

68 Así, la Fiscalía General del Estado había interpretado que la finalidad relativa a la realización de actividades delictivas se podía

incluirla expresamente,⁶⁹ como lo hizo la Ley Orgánica 1/2015, en la letra c) del artículo 177 bis.1 del CP.

La reforma de 2015 añadió, de paso, una finalidad más: la de celebración de matrimonios forzados.⁷⁰ Esta finalidad no se incluía expresamente en el artículo 2.3 de la Directiva 2011/36/UE, pero sí se mencionaba en el Considerando 11, junto a la finalidad de realizar adopciones ilegales, aunque esta última no se incluyó en el artículo 177 bis.1 del CP. En cualquier caso, como en aquel momento esta última finalidad no se mencionaba en el articulado de la Directiva, su ausencia en la definición del delito de trata no constituía un incumplimiento español.

d) Cabe resaltar, por último, que la de-

finición del tipo básico del delito de trata del artículo 177 bis.1 del CP contenía, desde su creación, dos referencias cuestionables, pues, de un lado, vinculaba la trata a una “víctima nacional o extranjera” y, de otro, exigía que la conducta se realizara “en territorio español”, “desde España, en tránsito o con destino a ella”.⁷¹ La existencia de dichas referencias podía, quizás, explicarse en el contexto de 2010, en la medida en que el propio Protocolo contra la trata de 2000 exigía el carácter transnacional de la conducta⁷² y en tanto en cuanto el legislador español pretendía distanciar de esa forma el delito de trata del delito de tráfico ilegal. Pero lo cierto es que su mantenimiento después de 2015 carecía de todo sentido.⁷³

englobar en la más amplia de imposición de servicios forzados (FGE: Fiscalía General del Estado, *Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, Madrid: Fiscalía General del Estado, 2011, apartado II.4.1).

- 69** Así también, por ejemplo, Carolina Villacampa Estiarte, “El delito de trata de seres humanos”, *op. cit.*, pp. 406-407.
- 70** De este modo, tras la reforma de 2015, las finalidades de explotación incluidas en el artículo 177 bis.1 del CP eran las siguientes: “a) la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad; b) la explotación sexual, incluyendo la pornografía; c) la explotación para realizar actividades delictivas; d) la extracción de sus órganos corporales; y e) la celebración de matrimonios forzados” (Ley Orgánica 1/2015, *op. cit.*).

71 *Ibidem*, art. 177 bis.1.

72 El Protocolo contra la trata nació como complemento a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, lo que explica que su artículo 4, al determinar su ámbito de aplicación, estableciera que “[...] el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado [...]” (UNODC, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas..., *op. cit.*, art. 4) (la cursiva es mía).

73 De hecho, la referencia a la transnacionalidad ya no se incluía ni en la definición de trata del artículo 1.1 de la Decisión Marco 2002/629/JAI, ni en la que daba el artículo 4.a) del Convenio de Varsovia de 2005. En lo que se refiere a España, desde la introducción de la trata como delito autónomo en 2010, la doctrina ha sido muy crítica con estas referencias territoriales. Así, entre otros, Miriam Cugat

En concreto, la referencia a la víctima nacional o extranjera nada aporta; más bien, es innecesaria y redundante.⁷⁴ Por su parte, el problema que plantea la exigencia de una vinculación de la conducta al territorio español es que restringe el ámbito de aplicación de este delito, en la medida en que su mención no se dirige a limitar los casos competencia de los tribu-

nales españoles, sino que (cuestión anterior) fija los requisitos para la tipicidad de la conducta. Y ello no solamente carece de fundamento en los textos internacionales y comunitarios, sino que los contradice, puesto que éstos, más bien, pretenden ampliar la competencia de los tribunales nacionales a supuestos cometidos fuera de sus fronteras.⁷⁵

Mauri, *op. cit.*, p. 161; Juan María Terradillos Basoco, “Trata de seres humanos”, *op. cit.*, p. 210; Esther Pomares Cintas, *op. cit.*, pp. 7-8; Carolina Villacampa Estiarte, “El delito de trata de seres humanos...”, *op.cit.*, pp. 411-416; Pérez Alonso, “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española”, en *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2012, p. 378; Tania García Sedano, “La reforma del Código...”, *op.cit.*, p. 120; Miguel Ángel Cano Paños, “Los delitos de violencia doméstica...”, *op. cit.*, pp. 430-431; Alberto Daunis Rodríguez, “La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual”, en *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 461-462; Carmen López Peregrín, 2018, pp. 109-111; o María Marta González Tascón, “A propósito de la trata de seres humanos...”, *op. cit.*, p. 95.

⁷⁴ Así también lo expresan, por ejemplo, Carolina Villacampa Estiarte, *El delito de trata de seres humanos...*, *op.cit.*, p. 416, y “El delito de trata de seres humanos”, en *Comentario...*, *op. cit.*, pp. 414-415; Esteban Juan Pérez Alonso, “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española”, *op. cit.*, p. 378, o Tania García Sedano, “La reforma del Código...”, *op.cit.*, p. 120.

3.1.2. Exigencias de la Directiva 2011/36/UE relativas a las penas por imponer en casos de trata

En su versión original, el artículo 177 bis.1 del CP preveía, para el tipo básico, la prisión de cinco a ocho años, pena que era superior a lo que exigía en ese momento la normativa comunitaria⁷⁶ y que también excedía lo que después indicaría el artículo 4.1 de la Directiva 2011/36/UE, que respecto a las personas físicas, imponía para el tipo básico del delito de trata penas privativas de liber-

⁷⁵ Así también opinan Carolina Villacampa Estiarte, “El delito de trata de seres humanos...”, *op. cit.*, pp. 411-416; Esteban Juan Pérez Alonso, “El delito de trata de seres humanos”, *op. cit.*, p. 378; o Tania García Sedano, “La reforma del Código...”, *op. cit.*, p. 120. Véase, por ejemplo, el artículo 10 de la Directiva 2011/36/UE, que obliga a los Estados a establecer su competencia para juzgar el delito de trata cuando el autor sea uno de sus nacionales, aunque haya cometido el delito fuera de su territorio.

⁷⁶ En efecto, el artículo 3.2 de la (entonces vigente) Decisión marco 2002/629/JAI requería prisión con máximo de, al menos, 8 años sólo para los casos graves (puesta en peligro, víctima vulnerable, violencia grave o pertenencia a organización).

tad de una “duración máxima de al menos cinco años”.⁷⁷ No hizo falta, pues, modificar los marcos penales del tipo básico en la Ley Orgánica 1/2015.⁷⁸

En lo relativo a los tipos cualificados, según el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 2011/36/UE, el delito de trata debía castigarse con penas privativas de libertad de una “duración máxima de al menos diez años” en cuatro casos: a) si la víctima era “particularmente vulnerable” (lo que al menos debía incluir a los menores); b) si la trata se cometió “en el marco de una organización delictiva”; c) si se “puso en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima”; o d) si se empleó “violencia grave” o se causó “a la víctima daños particularmente graves”.⁷⁹

En la redacción original de 2010 del artículo 177 bis.4 del CP, se recogían ya tres tipos cualificados relacionados con lo exigido en la Directiva de 2011; éstos daban lugar a prisión de ocho años y un día a doce años, y también se podía llegar a máximos de prisión de 12 años, según el apartado 6 de dicho artículo,

por pertenencia del culpable a una organización delictiva. El máximo de pena se cumplía, pues, con creces ya en 2010, pero analicemos, por un momento, si todos los supuestos de hecho mencionados en el artículo 4.2 de la Directiva estaban incluidos ya en los apartados 4 o 6 del artículo 177 bis del CP.

Empezando por el artículo 4.2.b de la Directiva 2011/36/UE, en la cualificación por pertenencia, no se necesitaba ninguna trasposición, desde luego. La Directiva se refería a la necesidad de agravar la pena si el delito de trata “se cometió en el marco de una organización delictiva”, a tenor de lo dispuesto en la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada.⁸⁰ Según el artículo 1.1 de esta Decisión marco, se entiende por:

Organización delictiva: una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.⁸¹

77 Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*, art. 4.

78 De hecho, la previsión de penas tan elevadas en 2010 y su mantenimiento en 2015 fue un aspecto muy criticado por la doctrina. Así, por ejemplo, Juan María Terradillos Basoco, “Trata de seres humanos”, *op. cit.*, p. 211; Carolina Villacampa Estiarte, “El delito de trata de seres humanos...”, *op. cit.*, p. 448; Alberto Daunis Rodríguez, *El delito de trata de seres humanos*, *op. cit.*, p. 179; Miguel Ángel Cano Paños, “Los delitos de violencia doméstica...”, *op. cit.*, pp. 429-430; Agustina Iglesias Skulj, “De la trata de seres humanos: art. 177 bis CP”, *op. cit.*, p. 567; o María Marta González Tas-cón, “A propósito de la trata de seres huma-nos...”, *op. cit.*, pp. 73-74.

79 Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*, art. 4.

80 *Ibidem*, art. 4.

81 Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, núm. 300, 24 de octubre de 2008. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82239>

Ninguna laguna había, por tanto, en la regulación española en este punto, puesto que la redacción original del artículo 177 bis.6 del CP ya cualificaba el delito de trata “cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades”,⁸² e imponía incluso una pena mayor cuando se tratase de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones.⁸³

Respecto al artículo 4.2.a de la Directiva 2011/36/UE, mencionaba, como supuestos en que debía agravarse la pena, los casos de víctimas particularmente vulnerables, indicando que ello debería incluir, como mínimo, a los menores. En este punto, la regulación española de 2010 difería un tanto de la Directiva, en la medida en que se recogía separadamente, en el artículo 177 bis.4 del CP, una cualificación por víctima menor de edad (letra *b*) y otra distinta por víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación (letra *c*), al mismo tiempo que se permitía, incluso, una doble cualificación (pena en su mitad superior) si

se daban ambas. En este aspecto, y aunque la regulación española, más que contradecir la Directiva de 2011, preveía un trato mucho más severo, la Ley Orgánica 1/2015 introdujo una modificación, para unificar ambas cualificaciones en una, en unos términos más cercanos a los incluidos en la Directiva.⁸⁴

Por su parte, en el artículo 4.2.c de la Directiva 2011/36/UE se exigía a los Estados miembros que agravaran la pena cuando con la trata se pusiera “en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima”.⁸⁵ En este ámbito, la versión original del artículo 177 bis 4.a del CP cualificaba la trata cuando se ponía “en grave peligro a la víctima”, por lo que los supuestos incluidos en la Directiva de 2011 y en el Código Penal español en su versión de 2010 no eran los mismos. De un lado, la regulación española iba más allá de la Directiva, porque no se limitaba a los supuestos de peligro para la vida, pero, de otro, se quedaba corta porque no incluía los casos de puesta en peligro de la vida de la víctima por imprudencia grave.⁸⁶

82 Ley Orgánica 5/2010, *op. cit.*

83 De hecho, la regulación española de 2010 ya iba más allá de lo que exigían los instrumentos internacionales o comunitarios, que suelen referirse a estructuras organizadas con cierta estabilidad, mientras que la regulación española de la trata incluía expresamente las asociaciones de carácter transitorio. No obstante, el hecho de que el precepto español exigiese que la asociación u organización “se dedicase” a tales actividades, permitía limitar algo el desmedido ámbito de aplicación de esta cualificación (así piensa, por ejemplo, Juan María Terradillos Basoco, “Trata de seres humanos”, *op.cit.*, pp. 213-214).

84 Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, se cualificaba el delito de trata en el apartado 4.b cuando la víctima fuera “especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal”, o menor de edad (*op. cit.*, art. 4.b). Y aunque ciertamente la redacción del precepto se acercaba más a la Directiva de 2011, en la regulación española provocaba mayores problemas de *bis in idem* que la redacción previa a la reforma. Sobre los problemas interpretativos que pueden darse en los casos en que la víctima sea menor y además vulnerable, véase Carmen López Peregrín, “Algunas cuestiones problemáticas...”, *op. cit.*, p. 29).

85 Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*, art. 4.2.c.

86 En la medida en que en España las conductas

Al respecto, parece insuficiente la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, que se limitó a modificar la redacción del apartado 4.a del artículo 177 bis del CP para cualificar la trata cuando “se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito”.⁸⁷ Esto se debe a que, aunque se pudiera valorar positivamente que se explicitaran los bienes que debían ponerse en peligro y el que se mencionara, de forma expresa, el peligro no sólo para la salud física, sino también para la psíquica, seguían sin incluirse los supuestos de puesta en peligro de la vida de la víctima por imprudencia grave.

Por último, el artículo 4.2.d de la Directiva 2011/36/UE obligaba a cualificar el delito de trata en el caso de que se cometiera empleando “violencia grave” o causando a la víctima “daños particularmente graves”.⁸⁸ Respecto a esto último, y aunque no lo mencionaba en el articulado, la Directiva incluía en su Considerando 12 como ejemplos de violencia grave “[...] la tortura, el consumo obligado de drogas o medicamentos, la violación u otras formas de violencia psicológica, física o sexual grave”⁸⁹

imprudentes solamente se castigan si están expresamente previstas (artículo 12 del CP).

87 Ley Orgánica 1/2015, *op. cit.*, art. 4.a.
88 De hecho, la Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, de lucha contra la trata de seres humanos, ya incluía anteriormente entre los supuestos agravados y que debían dar lugar a penas privativas de libertad no inferiores en su máximo a ocho años tanto el caso de puesta en peligro de la vida de la víctima de forma deliberada o por grave negligencia (artículo 3.2.a), como el de comisión de la trata mediante violencia grave o causando a la víctima daños particularmente graves (artículo 3.3.c).

89 Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*, párr. 12.

Sin embargo, nada preveía al respecto el artículo 177 bis del CP en su redacción de 2010 y tampoco se modificó en este punto con la Ley Orgánica 1/2015. Ciertamente, en los casos en que la trata se acompañe de otros delitos como la tortura o la agresión sexual, cabrá en España el concurso de delitos con el tipo básico de trata, pero ello llevará como regla general (artículo 77 del CP) a la pena más grave en su mitad superior, lo que no siempre conducirá al mínimo de pena máxima de 10 años que exige la Directiva para estos supuestos. En este aspecto, por tanto, creo que la regulación española no cumplía las exigencias de la Directiva de 2011 ni antes ni después de la reforma de 2015.

Por el contrario, ninguna trasposición requería el artículo 4.3 de la Directiva 2011/36/UE, que imponía a los Estados miembros la obligación de considerar circunstancia agravante el hecho de que la trata hubiera sido cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, en la medida en que en España no sólo cabe siempre aplicar la agravante genérica de prevalimiento del carácter público (artículo 22.7º del CP), sino que además se preveía específicamente, para el delito de trata, un tipo cualificado de prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público en el apartado 5 del artículo 177 bis, cualificación, por lo demás, acumulable con las de los apartados 4 y 6.

Por otro lado, el artículo 3 de la Directiva 2011/36/UE obligaba a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la inducción, la complicidad o la tentativa en la comisión del delito de trata, indicando, al respecto, en el artículo 4.4, que estas conductas debían castigarse con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que pudiesen dar lugar a entre-

ga.⁹⁰ Esta previsión no requería, sin embargo, de trasposición, dado que en España la participación y la tentativa se castigan en relación con todos los delitos. De hecho, la normativa española no solamente cumplía esta exigencia, sino que iba más allá, castigando también los actos preparatorios, aunque los instrumentos internacionales o comunitarios no lo exigían.⁹¹

Por último, el artículo 5 de la Directiva 2011/36/UE imponía a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para garantizar la responsabilidad de las personas jurídicas, aunque lo único que se indicaba al respecto en el artículo 6 de la Directiva 2011/36/

UE era la necesidad de prever “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”⁹² que debían incluir la multa (penal o no) y podían, además, abarcar otro tipo de sanciones.⁹³ Dado que en España la responsabilidad de las personas jurídicas por el delito de trata ya se recogía desde 2010 en la redacción original del apartado 7 del artículo 177 bis del CP y en la medida en que se preveía para este supuesto la multa (penal) y la posibilidad de aplicar además otras penas del artículo 33.7 del CP, esta norma de la Directiva 2011/36/UE no requería tampoco de trasposición.

3.1.3. La excusa absolutoria

El artículo 8 de la Directiva 2011/36/UE imponía a los Estados adoptar, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes pudieran optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hubieran visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de este delito.

Esta previsión, que, por lo demás, ya estaba contemplada en el Convenio de Varso-

90 El artículo 2 de la Decisión marco 2002/584/JAI preveía la posibilidad de dictar una orden europea de entrega en dos casos: 1) con control de doble tipificación, por hechos para los que “la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de 12 meses”; 2) sin control de doble tipificación de los hechos, por ciertos delitos (entre los que se incluye la trata) “siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de al menos 3 años” (Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, núm. 190, 13 de junio de 2002, art. 2).

91 Se mostraron críticos con el castigo de los actos preparatorios en este delito, entre otros, Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 18^a ed., 2010, p. 211; Juan María Terradillos Basoco, “Trata de seres humanos”, *op. cit.*, p. 215; o Miguel Ángel Cano Paños, “Los delitos de violencia doméstica...”, *op.cit.*, p. 431.

92 Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*, art. 6.

93 El artículo 6 de la Directiva 2011/36/UE mencionaba como ejemplos: “a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; b) inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales; c) sometimiento a vigilancia judicial; d) disolución judicial; e) cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados para cometer la infracción” (*idem*).

via de 2005,⁹⁴ tenía acogida en nuestro ordenamiento en el apartado 11 del artículo 177 bis del CP en su redacción de 2010.⁹⁵ Sin embargo, la Directiva era más amplia, puesto que no solamente preveía la posibilidad de aplicar una excusa absolutoria, sino que permitía, además, que la víctima de trata ni siquiera llegase a ser enjuiciada por los delitos cometidos, posibilidad que no contemplaba nuestro ordenamiento en 2010, ni tras la reforma de 2015.

3.1.4. La utilización de servicios prestados por una víctima de trata

Aunque el artículo 19 del Convenio de Varsovia de 2005 preveía ya la obligación de las Partes de tipificar como delito, con arreglo a su legislación interna, el hecho de utilizar los

servicios que son objeto de la explotación con conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de trata de seres humanos, la Directiva 2011/36/UE no fue tan tajante al respecto.

En efecto, esta Directiva, en su Considerando 26, se limitó a recordar a los Estados miembros que la Directiva 2009/52/CE disponía ya sanciones para los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular que, sin haber sido imputados o condenados por trata de seres humanos, hicieran uso del trabajo o los servicios de una persona a sabiendas de que ésta es víctima de dicho delito. Pero, en los demás casos, el artículo 18.4 de la Directiva de 2011 se limitaba a indicar, entre las medidas de prevención destinadas a desalentar la demanda, que los Estados miembros debían *estudiar la posibilidad* de imponer sanciones a los usuarios de los servicios de una persona a sabiendas de que es víctima de trata de seres humanos.⁹⁶ Como veremos *infra*, la Directiva de 2024 sería más estricta al respecto.

94 En efecto, según el artículo 26 del Convenio de Varsovia: “Las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello” (Consejo de Europa, del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata..., *op. cit.*, art. 26).

95 Artículo 177 bis.11 del CP: “Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”.

96 Artículo 18.4 Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*: “Con objeto de hacer más eficaz la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos desalentando la demanda, los Estados miembros estudiarán la adopción de medidas para tipificar penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación a los que se hace referencia en el artículo 2, a sabiendas de que la persona es víctima de una de las infracciones contempladas en dicho artículo”. En el Considerando 26 se especificaba que esta tipificación más amplia “[...] podría incluir la conducta de los empleadores de nacionales de terceros países con residencia legal y de ciudadanos de la Unión, así como de los usuarios de servicios sexuales prestados por una víctima de la trata de seres humanos, con independencia de su nacionalidad”.

En resumen, con la Ley Orgánica 1/2015 se adecuaba la regulación española en mayor medida a la normativa comunitaria, aunque, en algunos aspectos, las modificaciones, además de llegar tarde, fueron insuficientes.

3.2. Las reformas de 2021 y 2022

La regulación del delito de trata de seres humanos se ha modificado aún dos veces más, por la Ley Orgánica 8/2021 y por la Ley Orgánica 13/2022. Estas reformas, sin embargo, no alteraron la estructura esencial del delito de trata ni afectaron a sus elementos más relevantes, ni tampoco supusieron una mejor adaptación a las exigencias de la Directiva 2011/36/UE. Veámoslo más detenidamente.

3.2.1. La reforma de 2021

La regulación penal del delito de trata fue modificada, en efecto, por la Ley Orgánica 8/2021.⁹⁷ Sin embargo, esta ley no se limitó a introducir reformas penales, sino que se trataba de una ley integral de protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en la línea de las llamadas políticas 3P, es decir, dirigidas a prevenir, proteger y perseguir. En cualquier caso, aquí me ocuparé exclusivamente de los aspectos penales de esta ley y, en concreto, a aquello que afectó el delito de trata.⁹⁸

En este ámbito, la Ley Orgánica 8/2021 añadió un último párrafo al apartado 1 del artículo 177 bis del CP para prever la imposición, junto a la prisión, de la pena de inhabilitación especial cuando la víctima de trata sea menor de edad.⁹⁹

A este respecto, y aunque la ley de reforma vinculaba, en general, las modificaciones introducidas por ella a multitud de instrumentos internacionales, no parece que esta modificación en concreto viniera impuesta por ninguno de ellos.¹⁰⁰

afectaron, en primer lugar, al Libro I del CP, en materias tan distintas como la agravante de discriminación del artículo 22.4a, la inhabilitación especial, las prohibiciones de comunicación y acercamiento del artículo 57, el perdón o la prescripción. Pero la reforma también alcanzó al Libro II del Código Penal, afectando a los delitos contra la vida, a los delitos contra la integridad física, al delito de trata, a los delitos sexuales, a los delitos contra la intimidad y el honor, a los delitos contra las relaciones familiares y contra los deberes y derechos familiares, al delito de daños, al delito de discriminación laboral, a los delitos contra la salud pública, a los delitos de discriminación y al delito de asociación ilícita.

99 Según el último párrafo del artículo 177 bis.¹ del CP, *op. cit.*: “Cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta”.

100 En concreto, el apartado I del Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, *op. cit.*, mencionaba “el Convenio para la protección de los niños

97 Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 134, 5 de junio 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347>.

98 En efecto, la Ley Orgánica 8/2021 introdujo muchas reformas en materia penal, que

3.2.2. La reforma de 2022

La regulación del delito de trata volvió a reformarse en 2022, esta vez de la mano de la Ley Orgánica 13/2022.¹⁰¹

Esta modificación fue motivada, como se reconocía en el Preámbulo de la ley de reforma, por la invasión del territorio de Ucrania por tropas de la Federación Rusa y el consiguiente desastre humanitario. Buscando incrementar la respuesta penal para el delito de trata en los supuestos de víctimas desplazadas por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria, se incorporó un nuevo tipo cualificado en el apartado 4 del artículo 177 bis del CP, que ahora reza así:

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:
 - a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;
 - b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, esta-

contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote), el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos o el Convenio sobre la Ciberdelincuencia”.

101 Ley Orgánica 13/2022, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 305, 22 de diciembre de 2022. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-21676>

do gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.

- c) la víctima sea una persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria.

Si concurriese más de una circunstancia, se impondrá la pena en su mitad superior.

En el Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2022 se vinculaba esta modificación al Informe [2020/2029(INI)] de 1 de febrero de 2021, de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y la Comisión de Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género del Parlamento Europeo, sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, que instaba a los Estados a establecer sanciones penales severas para los delitos de trata.

Sin embargo, ni la Directiva 2011/36/UE incluía ninguna previsión similar, ni la introduciría después, como veremos en el siguiente epígrafe sobre la Directiva (UE) 2024/1712.

De hecho, por muy bienintencionada que fuera esta reforma, la verdad es que parece meramente simbólica, en la medida en que las víctimas cuya vulnerabilidad se hubiera originado o agravado por un desplazamiento derivado de un conflicto armado o de una catástrofe humanitaria ya podían ser incluidas en la cualificación de víctima especialmente vulnerable.

La introducción de esta cualificación, no obligada por ningún instrumento internacional o comunitario, provoca, más bien, problemas concursales casi irresolubles.

4. Necesidades de trasposición al ordenamiento español generadas por la Directiva (UE) 2024/1712

Tras todas las reformas mencionadas, sufridas por el delito de trata desde su creación en España como delito autónomo en 2010, en la regulación actual de su tipo básico del artículo 177 bis.¹ del CP se castiga con la pena de cinco a ocho años de prisión a quien:

[...] sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, siempre que dicha conducta se lleve a cabo con una de las siguientes finalidades:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) La extracción de órganos corporales.
- e) La celebración de matrimonios forzados.¹⁰²

Sin embargo, el 13 de junio de 2024, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva (UE) 2024/1712, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Como su nombre indica, no se trata de una Directiva de nuevo cuño, sino de una modificación de algunos artículos de la Directiva de 2011, que, por tanto, sigue vigente en los aspectos que no hayan sido modificados por la reforma.

Los cambios introducidos afectan todas las facetas en que se abordaba la trata en el anterior instrumento; sin embargo, aquí, como en el apartado anterior, solamente me ocupo de lo relativo a las nuevas exigencias que se deriven para la configuración del delito de trata o de las consecuencias jurídicas por establecer cuando se comete este delito.

Por lo demás, en el art. 2.1 de la Directiva (UE) 2024/1712 se establece que los Estados miembros “[...] pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 15 de julio de 2026”.¹⁰³ Se hace necesario, por tanto, analizar qué cambios debe introducir el legislador español en nuestro Código penal para cumplir esta obligación antes del plazo indicado.

¹⁰² Código Penal, *op. cit.*, art 177 bis.1.

¹⁰³ Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, núm. 1712, 24 de junio de 2024.

4.1. Exigencias de la Directiva (UE) 2024/1712 en relación con el tipo básico del delito de trata

La Directiva (UE) 2024/1712 no modifica nada respecto de la descripción de la conducta de control o transferencia ni de los medios co-misivos. Sin embargo, sí afecta al elemento subjetivo.

En efecto, el artículo 1.1.a de la Directiva de 2024 cambia el artículo 2.3 de la Directiva 2011/36/UE para obligar a los Estados miembros a que incluyan en las finalidades de la trata, además de las ya existentes, tres nuevas formas de explotación, relativas a la maternidad subrogada, el matrimonio forzado y la adopción ilegal.

En lo que respecta a la regulación española, y como ya he dicho antes, la finalidad de explotación mediante la imposición de un matrimonio forzado se introdujo ya en el artículo 177 bis.1 del CP con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, aunque en aquel momento no fuera obligatoria su inclusión, ya que dicha finalidad solamente se mencionaba en los Considerandos de la Directiva de 2011. Al estar recogida esta finalidad en la descripción del delito de trata, en el artículo 177 bis.1 del CP, no se requiere, por tanto, ninguna transposición en la legislación española.

No ocurre lo mismo, sin embargo, respecto de las otras dos finalidades (relacionadas con la imposición de la maternidad subrogada o la adopción ilegal), que muy difícilmente van a poder entenderse como incluidas en la regulación española actual del delito de trata, como no fuese ampliando desmedidamente el concepto de imposición de servicios forzados, interpretación nada recomendable por el respeto que merece el principio de taxatividad. El legislador español tendrá, en consecuencia, que incorporar estas dos nuevas finalidades

de explotación al artículo 177 bis.1 del CP en el plazo marcado por la Directiva.¹⁰⁴

Por otro lado, el artículo 1.1.b de la Directiva (UE) 2024/1712 modifica también el apartado 5 del artículo 2 de la Directiva de 2011, que se refería a la innecesidad de que se hubiera usado alguno de los medios co-misivos de la trata cuando esta afectase a un niño, ya que introduce dos cambios en él.

El primero consiste en sustituir el término “niño” por el de “menor”. No creo, sin embargo, que esta modificación necesite de ninguna reforma en la regulación española, que se refiere ya a los menores de edad en el artículo 177 bis.2 del CP.¹⁰⁵

104 En concreto respecto de la maternidad subrogada, y debido a la disparidad de regulaciones en esta materia en los diferentes países de la Unión Europea, la Directiva (UE) 2024/1712 deja claro en su Considerando 6 que no se trata de prohibir en sí esta práctica, sino (y en la medida en que deben darse el resto de los requisitos del delito de trata), de castigar los casos en que se coacciona o engaña a una mujer para que actúe como madre subrogada. En cualquier caso, en España, la gestación subrogada es ilegal, considerando que el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”, y que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 126, 28 de mayo de 2006, art. 10. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>).

105 La Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, que excluía de la necesidad de uso de

El segundo cambio que se introduce en la Directiva de 2011 es un añadido, en el que se aclara que esta innecesidad de uso de los medios comisivos de la trata solamente será aplicable, en el caso de la finalidad de explotación mediante maternidad subrogada, cuando la madre subrogada sea una menor. Entiendo que esta aclaración se hace necesaria en la normativa comunitaria por la propia redacción del artículo 2.5 de la Directiva 2011/36/UE, que se refería a los casos en que la trata “afecta” a un menor, pues, de no hacerse esta aclaración, podría llegarse al absurdo de interpretar que, dado que el feto no es mayor de edad, la innecesidad del uso de uno de los medios comisivos de la trata sería aplicable a *todos* los casos de imposición de maternidad subrogada. Sin embargo, en mi opinión, ninguna aclaración semejante se hace necesaria en nuestra le-

gislación, en la medida en que la redacción del apartado 2 del artículo 177 bis del CP indica claramente que el uso de dichos medios comisivos es innecesario “cuando se lleve a cabo [la trata] respecto de menores de edad”,¹⁰⁶ y porque la madre subrogada es el objeto de trata, no el feto.

4.2. Exigencias de la Directiva (UE) 2024/1712 en relación con las consecuencias jurídicas de la trata

La nueva Directiva modifica también los apartados 2 y 3 del artículo 4 de la Directiva 2011/36/UE, que establecen, para las conductas realizadas por personas físicas, tipos cualificados y agravantes de previsión obligatoria para los Estados miembros.

En cuanto a los tipos cualificados, el artículo 1.2 de la Directiva (UE) 2024/1712 añade, a una cualificación ya prevista en el artículo 4.2.d de la Directiva 2011/36/UE —relativa a que la trata se haya cometido “empleando violencia grave” o causando a la víctima “daños particularmente graves”—, la precisión de que estos deben incluir “las lesiones físicas y psicológicas”. Podría parecer una especificación innecesaria, o poco trascendente, debido a que es posible entender interpretativamente que los daños graves no son solamente los físicos. El problema es que, como indiqué *supra*, sobre este punto, la regulación española incumplía ya la Directiva de 2011, por lo que el legislador español debería aprovechar la necesaria reforma del delito de trata para incorporar esta cualificación en toda su extensión.

uno de los medios comisivos determinados cuando la conducta afectara a un “niño” (artículo 1.3), especificaba que por *niño* había de entenderse toda persona menor de 18 años (artículo 1.4). Por su parte, la Directiva 2011/36/UE, que sustituyó a dicha Decisión marco, repetía lo primero (en su artículo 2.5 indicaba que cuando la conducta afectase a un “niño” constituiría infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se hubiera recurrido a ninguno de los medios comisivos del apartado 1) y, sin embargo, incomprensiblemente, respecto a lo segundo, en su artículo 2.6 definía el concepto de “menor” (como menor de 18 años), no el de “niño”. Lo que hace, entonces, la Directiva de 2024 es modificar el apartado 2.5 para sustituir el término “niño” por el de “menor” para que haya coherencia entre ambos apartados (el 6 de la Directiva de 2011 no se modifica), pero se sigue refiriendo a menores de 18 años.

106 Código Penal, *op. cit.*, art. 177 bis.

Por lo que respecta a la modificación del apartado 3 del artículo 4 de la Directiva 2011/36/UE, la situación es más compleja. En efecto, además de algunas mejoras en la redacción, la Directiva (UE) 2024/1712 introduce como una agravante de la trata que cada Estado ha de prever “de conformidad con las disposiciones pertinentes del Derecho nacional”, junto a la ya existente de haber sido cometida por un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, otra nueva: “el hecho de que el autor de la infracción haya facilitado la difusión o haya difundido, a través de tecnologías de la información y la comunicación, imágenes, vídeos o material similar de carácter sexual que impliquen a la víctima”.¹⁰⁷

Sin embargo, en su Considerando 11, se indica que un Estado miembro no estará obligado a prever esta nueva circunstancia agravante en la trata “[...] cuando, en su Derecho nacional, una infracción penal de difusión, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, de imágenes, vídeos o material similar de carácter sexual que impliquen a la víctima sea punible como infracción penal independiente y pueda conducir a la imposición de penas más graves con arreglo al Derecho nacional”. En la medida en que en España la difusión de esta clase de imágenes no constituye un delito independiente (pues solamente se castiga lo que se refiere a la difusión de pornografía infantil o a la difusión de pornografía entre menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección), habrá que incluir una

agravante específica en el delito de trata o crear un delito de difusión de material sexual con víctimas de trata que pueda entrar en concurso de delitos con ésta.

Por lo que respecta a las sanciones aplicables a las personas jurídicas, la nueva redacción del artículo 6 de la Directiva 2011/36/UE, introducida por el artículo 1.4 de la Directiva (UE) 2024/1712, no exige trasposición alguna, pues, aparte de algunas mejoras en la redacción, se limita a aumentar el listado de sanciones que los Estados miembros *pueden* prever.

4.3. *La excusa absolutoria*

El artículo 1.6 de la Directiva (UE) 2024/1712 ha modificado el artículo 8 de la Directiva 2011/36/UE para ampliar las posibilidades de no enjuiciar o sancionar a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hubieran visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de trata, incluyendo ahora, de forma expresa, no solamente los casos de comisión de delitos, sino también de cualquier otro tipo de actividades ilícitas.¹⁰⁸

En consecuencia, a la deficiencia ya detectada en nuestro ordenamiento en relación con la Directiva 2011/36/UE (ya que el artícu-

¹⁰⁷ Directiva (UE) 2024/1712, *op. cit.*, art. 4. La preocupación por el impacto negativo que las nuevas tecnologías pueden tener en el delito de trata está subyacente en toda la Directiva.

¹⁰⁸ El Considerando 14 de la Directiva de 2024, *op. cit.*, cita, como ejemplo, las eventuales infracciones administrativas que se hayan podido cometer en relación con “la prostitución, la mendicidad, el merodeo o el trabajo no declarado, u otros actos que no sean de carácter delictivo, pero estén castigados con sanciones administrativas o pecuniarias, de conformidad con el Derecho nacional [...]”.

lo 177 bis del CP no contempla la posibilidad de que la víctima de trata ni siquiera llegue a ser enjuiciada) se une ahora otra, en la medida en que habría que ampliar la excusa absolutoria a todo tipo de sanciones, no solamente a las penales.

4.4. La utilización de servicios prestados por una víctima de trata

La Directiva (UE) 2024/1712 introduce, por último, un cambio muy importante. Así, en su artículo 1.15, incluye en la Directiva 2011/36/UE, un nuevo artículo 18 bis, con la siguiente redacción:

Artículo 18 bis. Infracciones relativas a la utilización de servicios prestados por una víctima de trata de seres humanos

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurarse de que, cuando se trate de un acto intencionado, el uso de servicios prestados por víctimas de alguna de las infracciones contempladas en el artículo 2 constituya una infracción penal cuando se explote a la víctima para que preste dichos servicios y el usuario de estos tenga conocimiento de que la persona que los presta es víctima de alguna de las infracciones contempladas en el artículo 2.
2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones tipificadas de conformidad con el apartado 1 puedan ser castigadas con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias.¹⁰⁹

De esta forma, queda ya clara la obligación de los Estados miembros de tipificar como delito el uso de servicios prestados por víctimas de trata cuando se explote a la víctima para que los preste y el usuario de éstos tenga conocimiento de ello, al mismo tiempo que la de prever para esta conducta “penas efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

Como hemos visto *supra*, la obligatoriedad de castigar la utilización de los servicios de una víctima de trata ya estaba, de hecho, contemplada en el artículo 19 del Convenio de Varsovia de 2005, pero no se incluyó en la Directiva de 2011 (que solamente hacía referencia a la necesidad de estudiar este aspecto).

En lo que respecta a la regulación española, ciertamente, algunas conductas de uso de servicios prestados por víctima de trata podían incluirse ya en el Código Penal en su versión de 2010 o han ido siendo tipificadas tras las sucesivas reformas penales.¹¹⁰ Así, por ejemplo, el artículo 156 bis.3 del CP castiga al receptor del órgano que consiente el trasplante conociendo su origen ilícito; el artículo 172 bis del CP prevé como delito el matrimonio forzado; al cliente de prostitución forzada cabe castigarle por abuso (hasta la desaparición de este delito en 2022) o agresión sexual (artículos 178 y ss. del CP), o por un delito relativo a la prostitución (artículos 187-188 del CP); la explotación sexual de menores víctimas de trata puede castigarse, por ejemplo, en lo relativo a la pornografía infantil o la asistencia a espectáculos sexuales en que intervengan menores, a través del artículo 189 del CP; el artículo 232 del CP sanciona penalmente a los que utilicen menores

109 Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*, art. 18 bis.

110 En este sentido argumenta, entre otros, Carolina Villacampa Estiarte, “El delito de trata de seres humanos...”, *op. cit.*, pp. 490-491.

o personas discapacitadas para la mendicidad; el artículo 235.1.8 del CP se refiere expresamente al uso de menores de 16 años para cometer hurtos (lo cual es aplicable también al robo con fuerza, según el artículo 240.2 del CP); y el consumidor de servicios prestados por personas explotadas laboralmente puede ser castigado por los delitos de los artículos 311 y ss. del CP. Por su parte, en relación con las nuevas finalidades de explotación asociadas a la adopción ilegal o la maternidad subrogada, constituyen delito en España, por ejemplo, la suposición de parto, la entrega de menor o la sustitución de un niño por otro (artículos 220-221 del CP), o el abandono del menor (artículos 229-231 del CP).

Sin embargo, con la actual regulación, quedan algunas otras conductas sin castigar, que difícilmente pueden ser reconducidas a los delitos ya existentes, como, por ejemplo, el consumo de pornografía elaborada con adultos o la asistencia a espectáculos sexuales en los que intervengan adultos a sabiendas de que estos son víctimas de trata; el engaño de una mujer víctima de trata para lograr la gestación subrogada; o la explotación de la esclavitud ajena.

La Directiva (UE) 2024/1712 establece ahora la necesidad de tipificar *todo* uso de servicios prestados por víctimas de trata cuando se explote a la víctima para que preste dichos servicios, tanto en el caso de que la conducta proceda de una persona física, como de una persona jurídica.¹¹¹ La finalidad de esta modificación, según su Considerando 26, es hacer frente a la demanda que favorece la trata.

En primer lugar, lo que ha de tipificarse, entonces, es hacer uso de un servicio en el que se explote a la víctima para que lo preste. Según el Considerando 26 de la Directiva (UE) 2024/1712, la tipificación penal solamente debe tener por objeto el uso de servicios prestados en el marco de la explotación que constituye un delito de trata de seres humanos, por lo que “[...] el tipo delictivo no debe aplicarse a los clientes que adquieran productos fabricados en condiciones de explotación laboral, ya que no son los usuarios de un servicio”.¹¹² Por el contrario, se menciona expresamente en dicho Considerando que los Estados miembros pueden tipificar como delito la compra de servicios sexuales a víctimas de explotación sexual (sin perjuicio de cómo regulen la prostitución).

En cualquier caso, y en segundo lugar, para que la conducta sea delictiva, ha de exigirse que el usuario tenga conocimiento de que la persona que presta el servicio es víctima de una infracción relacionada con la trata, conocimiento que no debe ser, sin embargo, directo, sino que abarcaría también los casos en que podría deducirse de las circunstancias.¹¹³

¹¹¹2 Directiva (UE) 2024/1712, *op. cit.*, párr. 26.

¹¹²3 En efecto, en el Considerando 27 de la Directiva (UE) 2024/1712 se indica al respecto que, sin perjuicio de atender al Derecho nacional, “este conocimiento puede deducirse de circunstancias de hecho que sean objetivas”, referidas “a las propias víctimas” (como su falta de dominio de la lengua nacional o regional, los signos manifiestos de lesiones físicas o psicológicas o de miedo, o su desconocimiento de las ciudades o lugares en los que están o han estado), “a las condiciones en las que las víctimas hayan tenido que prestar los servicios” (como el nivel de vida y las condi-

¹¹¹ Véase al respecto la nueva redacción del artículo 5 de la Directiva 2011/36/UE introducida por el artículo 1.3 de la Directiva (UE) 2024/1712.

5. Recapitulación y conclusiones

A más tardar el 15 de julio de 2026, España deberá implementar las reformas necesarias para trasponer la Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024. Dicha reforma debería aprovecharse para realizar las modificaciones necesarias que no se realizaron en su momento y adaptar su legislación a la Directiva 2011/36/UE.

Sin perjuicio de que las reformas pendientes hayan de llevarse a cabo considerando las características concretas de nuestro ordenamiento jurídico, y recapitulando todo lo visto, la futura reforma debería abordar, en todo caso, los aspectos que a continuación se mencionan:

1. Respecto a la configuración del tipo básico del delito de trata, deberían suprimirse las referencias al territorio y a la nacionalidad, eliminando la mención de la “víctima nacional o extranjera” y, sobre todo, la exigencia de que las conductas de trata se realicen “en territorio español”, “desde España, en tránsito o con destino a ella”.¹¹⁴

ciones de trabajo del prestador del servicio, así como el estado de los locales en los que se haya prestado) y “a hechos concretos que puedan considerarse indicios del control del tratante sobre las víctimas” (como el hecho de que existan medidas externas manifiestas de control sobre los prestadores de los servicios, de que su libertad de circulación esté restringida o de que los prestadores de servicios no estén en posesión de sus documentos nacionales de identidad o pasaportes). Directiva (UE) 2024/1712, *op. cit.*, párr. 27.

¹¹⁴ Código Penal, *op. cit.*, art. 177 bis.1.

2. También, en el tipo básico, deberán incluirse, entre las finalidades de explotación, las referidas a la maternidad subrogada y la adopción ilegal (Directiva UE 2024/1712).
3. En cuanto a los tipos cualificados, debería adecuarse el artículo 177 bis.4 del CP para incluir, de un lado, los casos en que con la trata se ponga en peligro la vida de la víctima por imprudencia grave;¹¹⁵ y, de otro, los supuestos en que la trata se cometa empleando “violencia grave” o causando a la víctima “daños particularmente graves”,¹¹⁶ incluyendo “las lesiones físicas y psicológicas”.¹¹⁷
4. Habrá de incluirse en nuestro Código Penal, además, o bien una agravante específica en el delito de trata aplicable cuando el autor de la infracción haya facilitado la difusión o haya difundido, a través de tecnologías de la información y la comunicación, imágenes, vídeos o material similar de carácter sexual que impliquen a la víctima, o bien un nuevo delito de difusión a través de tecnologías de la información y la comunicación de material sexual con víctimas de trata que pueda entrar en concurso de delitos con ésta.
5. El artículo 177 bis.11 del CP debe ampliarse para incluir, además de la excusa absolutoria para los delitos que se haya visto obligada a cometer la víctima de trata, la posibilidad de no llegar ni siquiera a ser enjuiciada por ellos¹¹⁸ y de no ser sancionada tampoco por la comi-

¹¹⁵ Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*

¹¹⁶ *Ibidem*, art. 4.

¹¹⁷ Directiva UE 2024/1712, art. 4.

¹¹⁸ Directiva 2011/36/UE, *op. cit.*

- sión de cualquier otra actividad ilícita.¹¹⁹
6. Por último, deberá tipificarse expresamente como delito la utilización, a sabiendas, de los servicios prestados por una víctima de trata, especialmente en lo relativo a la compra de servicios sexuales a víctimas de explotación sexual.¹²⁰

6. Referencias

- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, núm. 19, 2007, pp. 3-20.
- BERASALUZE GERRIKAGOITIA, Leire, “Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el art. 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad o la pluriofensividad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24-31, 2022, pp. 1-28.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilado y los de trata de seres humanos”, en *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid: Dykinson, 2015, pp. 413-432.
- CARMONA SALGADO, Concepción, “La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003: Reflexiones críticas acerca de un injustificado despropósito legislativo”, en *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 213-250.
- CHAVES CAROU, Marco, “Comparación analítico-dogmática de los delitos de matrimonio forzado y de trata de seres humanos con finalidad de celebrar matrimonios forzados”, *Revista Sistema Penal Crítico*, núm. 3, 2022, pp. 129-144.
- Consejo de Europa, *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Varsovia, 2005. Referencia: 16.V.2005.
- CP: Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, 23 de noviembre de 1995. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2024. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2024-118
- CUGAT MAURI, Miriam, “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2010, pp. 157-164.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “La inmigración ante la encrucijada: el tráfico ilegal de personas, la trata de seres humanos y la explotación sexual”, en *Criminalidad organizada trasnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 445-476.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, pp. 1-44. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3255642>
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, *El delito de trata de seres humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

¹¹⁹ Directiva UE 2024/1712.

¹²⁰ *Idem*.

Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, núm. 300, 11 de noviembre de 2008. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82239>

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española", *Revista Penal*, núm. 2, 1998, pp. 17-22.

Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, núm. 1712, 24 de junio de 2024.

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, núm. 101/1, 5 de abril de 2011. <https://www.boe.es/DOUE/2011/101/L00001-00011.pdf>

FGE: Fiscalía General del Estado, *Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, Madrid: Fiscalía General del Estado, 2011.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora y Juana del CARPIO DELGADO, "Los delitos relativos al régimen de extranjería", en *El nuevo derecho de extranjería: estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Granada: Comares, 2001, pp. 381-409.

GARCÍA SEDANO, Tania, "La reforma del Código penal español motivada por la trasposición de la Directiva 2011/36, sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas", *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, núm. 8, 2013, pp. 119-142.

GÓMEZ LÓPEZ, María Isabel y Esther MUÑOZ SÁNCHEZ, "Algunas cuestiones en torno al delito de trata de seres humanos en el ordenamiento jurídico español", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 123, pp. 213-246.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, "A propósito de la trata de seres humanos: análisis de la modalidad básica del delito de trata de seres humanos", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 59, 2020, pp. 59-98.

GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2007.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, "El delito de tráfico de personas para su explotación sexual", en *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 237-254.

IGLESIAS SKULJ, Agustina, "De la trata de seres humanos: art. 177 bis CP", en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 564-572.

LAURENZO COPELLO, Patricia, "La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2003, pp. 63-93.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 126, 28 de mayo

- de 2006. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>
- Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 77, 30 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3440>
- Ley Orgánica 11/1999, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 104, 23 de noviembre 1999. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744>
- Ley Orgánica 13/2022, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 305, 22 de diciembre de 2022. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-21676>
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 10, 1 de febrero de 2000. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0945.pdf>
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 152, 23 junio de 2010. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-9953>
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 134, 5 de junio 2021. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9347>
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, "Algunas cuestiones problemáticas que plantea la aplicación del delito de trata para la explotación sexual cuando la víctima es menor de edad", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-11, 2023, pp. 1-44.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, "La protección de la dignidad humana a través del delito de trata de seres humanos", en *Derecho penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 63-124.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, "El tráfico de personas con fines de explotación sexual", *Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000, pp. 23-29.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, "Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual", *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 1, 2006, pp. 1501-1508.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, "Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas", en *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 255-271.
- MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, "Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas", *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 31, 2011, pp. 325-390.
- MOYA GUILLEM, Clara, "El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015", en *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016, pp. 285-299.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 18^a ed., 2010.

- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 20^a edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, 2015.
- ONU: Organización de las Naciones Unidas, *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, 2 de diciembre de 1949.
- ORTUBAY FUENTES, Miren, “El impreciso concepto de ‘tráfico de personas’ o la mentalidad de fortaleza sitiada”, *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2002, pp. 421-455.
- PADILLA ALBA, Herminio Ramón, “El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 14, 2005, pp. 5-23.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, en *El Derecho penal en el siglo XXI. Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 521-546.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española”, en *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2012, pp. 357-385.
- PÉREZ ALONSO, Juan Esteban y Federico MAYOR ZARAGOZA, *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- PÉREZ ALONSO, Juan Esteban, “Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas”, en *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 31-63.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal: Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de los extranjeros*, Granada: Comares, 2004.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel y Leire BERASALUZE GERRIKAGOITIA, “A vueltas con la ‘dignidad humana’ como bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos: razones para su cuestionamiento”, en *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista*, vol. II, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 1693-1706.
- POMARES CINTAS, Esther, “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-15, 2011, pp. 1-31.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo y Esther POMARES CINTAS, “Los delitos relativos al tráfico legal o la inmigración clandestina de personas”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 355-366.
- RODRÍGUEZ MESA, María José, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, María Teresa, “Ley de extranjería y Derecho penal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2001, pp. 1736-1743.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 3, 2005, pp. 1616-1632.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”, en *Inmigración y Derecho penal*.

- Bases para un debate*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 287-308.
- SANTANA VEGA, Dulce María, “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 104, 2011, pp. 79-108.
- SANTANA VEGA, Dulce María, “La Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”, *Nova et Vetera*, núm. 64, vol. 20, 2011, pp. 211-226.
- SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 309-343.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 41, 2021, pp. 1-57.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina”, en *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 263-288.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Trata de seres humanos”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 207-217.
- UNODC, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, Nueva York: ONU, 2004.
- UNODC: Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Nueva York, 2000.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, *Revista Penal*, núm. 14, 2004, pp. 193-199.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “El delito de trata de seres humanos en el Código Penal Español”, en *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque interdisciplinar*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2012, pp. 387-414.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “El delito de trata de seres humanos”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 399-419.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas: ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-14, 2011, pp. 1-52.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Título XV bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *Comentarios al Código penal español*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2007.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Navarra: Aranzadi, 2011.

4

Celeridad o justicia

Dinámicas de coerción, credibilidad e injusticia
epistémica en el procedimiento abreviado en México

Speed or Justice

*Dynamics of Coercion, Credibility, and Epistemic
Injustice in Mexico's Trial Waiver System*

• **Héctor Alejandro Rodríguez Martínez** •

Universidad Nacional Autónoma de México, México
alejandrorodriguez_sophia@comunidad.unam.mx
<https://orcid.org/0009-0003-8055-7887>

Celeridad o justicia
Dinámicas de coerción, credibilidad e injusticia epistémica en el procedimiento abreviado en México

*Speed or Justice
Dynamics of Coercion, Credibility, and Epistemic Injustice in Mexico's Trial Waiver System*

• Héctor Alejandro Rodríguez Martínez • Universidad Nacional Autónoma de México•

Fecha de recepción
06-06-2025

Fecha de aceptación
26-10-2025

Resumen

El procedimiento o juicio abreviado enfrenta retos significativos tanto epistemológicos como procesales. Este artículo examina cómo su regulación en México puede generar dinámicas coercitivas y distorsiones epistémicas que comprometen la agencia y credibilidad de las personas imputadas. A través del concepto de “injusticia testimonial agencial”, desarrollado por Lackey, se analizan los efectos de entornos procesales que limitan la participación y autonomía epistémica de las personas acusadas. El análisis aborda problemas como la credibilidad desproporcionada otorgada a la aceptación de hechos y los efectos acumulativos de entornos coercitivos. También se identifican buenas prácticas internacionales en control judicial, revisión de pruebas y mecanismos de apelación, para proponer ajustes adaptados al contexto mexicano.

Palabras clave

Procedimiento abreviado, coerción, exceso de credibilidad, injusticia epistémica agencial.

Abstract

The plea-bargaining faces significant epistemological and procedural challenges. This article examines how its regulation in Mexico may generate coercive dynamics and epistemic distortions that compromise the agency and credibility of defendants. Through the concept of “agential testimonial injustice,” developed by Lackey, the article analyzes the effects of procedural environments that limit the participation and epistemic autonomy of defendants. The analysis addresses issues such as the disproportionate credibility granted to admissions of facts and the cumulative effects of coercive environments. It also identifies international best practices in judicial oversight, evidentiary review, and appellate mechanisms, to propose adjustments tailored to the Mexican context.

Keywords

Trial waiver, coercion, credibility excess, agential epistemic injustice.

Sumario

1. Introducción / 2. Fundamentos y regulación del procedimiento abreviado en México / 3. Injusticia testimonial agencial / 4. Dinámicas coercitivas en el procedimiento abreviado / 5. ¿La aceptación de hechos como prueba (de oro)? Análisis de la jurisprudencia mexicana en torno al procedimiento abreviado / 6. Soluciones procesales: buenas prácticas internacionales / 7. Dos posibles objeciones: eliminar la coerción y niveles exactos de credibilidad / 8. Conclusiones / 9. Referencias.

Dos meses después tuve una segunda audiencia donde me informaron cuántos años me iban a tocar si aceptaba el procedimiento abreviado en comparación con si me iba a juicio. La abogada ni siquiera me preguntó si era inocente o no, tampoco se habló de la parte de investigación, de buscar evidencia ni de construir una defensa. Sólo me dijo: 'acepta el procedimiento abreviado porque si vas a juicio igual te van a declarar culpable y vas a estar en el bote 20 años en lugar de ocho'

-
- 1 Los testimonios que se presentan a lo largo de este artículo reflejan las experiencias de mujeres que han enfrentado los efectos negativos del procedimiento abreviado en México. Estas voces forman parte del proyecto “El acceso a la justicia en México: una carrera de obstáculos para víctimas, inculpados y autoridades [en línea]”, realizado por Data Cívica, *El acceso a la justicia en México: una carrera de obstáculos para víctimas, inculpados y autoridades* [en línea], 2023. <https://obstaculosjusticia.datacivica.org>. Por razones de seguridad y confidencialidad, los testimonios han sido anonimizados, pero ofrecen un valioso vistazo a cómo las dinámicas de coerción y falta de supervisión afectan la agencia epistémica de las personas acusadas. Estas narrativas buscan humanizar el

1. Introducción

El procedimiento abreviado, como mecanismo procesal para la terminación anticipada de los procesos penales, ha sido adoptado en numerosos sistemas de justicia bajo el argumento de que reduce costos, agiliza procesos y despresuriza los sistemas judiciales. Sin embargo, su diseño y aplicación generan tensiones importantes, tanto en términos procesales y de derechos humanos como en términos epistemológicos.

Este artículo parte del concepto de “injusticia epistémica agencial” desarrollado por Jennifer Lackey,² según el cual ciertos contextos estructurales pueden reducir o anular la agencia epistémica de las personas, particularmente de aquellas en posiciones de vulnerabilidad, cuyas declaraciones se encuentran acompañadas de un exceso de

análisis técnico y resaltar la urgencia de las reformas propuestas.

- 2 Jennifer Lackey, *Criminal Testimonial Injustice* [en línea]. Oxford: Oxford University Press, 2023. <https://doi.org/10.1093/oso/9780192864109.001.0001> (Consultado el 17 de noviembre de 2024).

credibilidad que, paradójicamente, las perjudica. A partir de esta teoría, el texto sostiene que la regulación mexicana del procedimiento abreviado no sólo permite, sino que también refuerza dinámicas que afectan negativamente la capacidad de las personas imputadas para actuar como agentes epistémicos dentro del proceso penal, lo que genera sistemáticamente casos de injusticia epistémica agencial.

El argumento se desarrolla en dos niveles. En el primero, se analiza cómo los entornos coercitivos acumulativos pueden cerrar el espacio de razones de la persona acusada, de manera que afectan su capacidad para tomar decisiones autónomas, incluso cuando la negociación final del procedimiento parece ser voluntaria y libre de coerción inmediata. Este análisis incluye un enfoque crítico sobre cómo la jurisprudencia mexicana ha blindado ciertos aspectos del procedimiento abreviado, como la revisión de la obtención de pruebas o el análisis de posibles vicios procesales previos, lo que perpetúa un exceso de credibilidad hacia la aceptación de hechos. En el segundo nivel, se argumenta que la aceptación de responsabilidad en el procedimiento abreviado adquiere un peso probatorio desproporcionado, lo que representa un problema epistémico que debe abordarse mediante reformas procesales.

El texto combina un enfoque comparativo e interdisciplinario, integrando experiencias internacionales y perspectivas epistemológicas para proponer salvaguardas procesales que reduzcan estos riesgos. Entre las propuestas se incluyen un control judicial más robusto, mecanismos de apelación efectivos y mayores garantías para proteger la agencia epistémica de las personas imputadas, particularmente en contextos de vulnerabilidad.

Este análisis busca no sólo contribuir al debate sobre la justicia penal en México, sino también ampliar la comprensión general de cómo los sistemas procesales pueden influir en dinámicas de injusticia epistémica. De este modo, el artículo aporta tanto un diagnóstico crítico como propuestas concretas para equilibrar la eficiencia procesal con la robustez epistémica del proceso.

2. Fundamentos y regulación del procedimiento abreviado en México

Parece que lo único bueno que tiene el Nuevo Sistema de Justicia es que es más rápido, pero es igual de injusto porque igual te castigan sin un debido proceso

El procedimiento abreviado es un mecanismo de terminación anticipada diseñado para evitar que los casos lleguen a juicio oral. Este procedimiento, inspirado en modelos de justicia negociada como el *plea bargain* estadounidense, tiene el objetivo de reducir costos, despresurizar el sistema judicial y facilitar el acceso a la justicia mediante acuerdos entre las partes. Aunque tiene antecedentes importantes en los códigos procesales italiano de 1988, portugués de 1988 y guatemalteco de 1994, su adopción y expansión se intensificaron a inicios del siglo XXI. Por ejemplo, ocurrieron reformas significativas en países como Chile y México, que marcaron el inicio de una transformación hacia sistemas acusatorios. En México, este cambio estuvo acompañado por la reforma constitucional de 2008, que impulsó un sistema de justicia penal basado en la oralidad y la resolución ágil de conflictos.

El procedimiento abreviado en México está regulado como un mecanismo de terminación anticipada dentro del sistema penal

acusatorio. Su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 20, apartado A, fracción VII, y se regula específicamente en los artículos 201 al 207 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Este procedimiento busca agilizar la resolución de los casos penales mediante la aceptación de responsabilidad, por parte de la persona imputada, a cambio de beneficios como la reducción de la pena, con lo cual se evita un juicio oral.

Sobre su regulación procesal, para efectos de este artículo, destacan los numerales relacionados con los requisitos de procedencia y verificación judicial, la valoración probatoria de los medios de prueba que sustentan la acusación, y los efectos de la sentencia.

Con respecto al primer punto, el código adjetivo señala:

Artículo 201. Requisitos de procedencia y verificación del Juez

Para autorizar el procedimiento abreviado, el Juez de control verificará en audiencia los siguientes requisitos:

- I. Que el Ministerio Público solicite el procedimiento, para lo cual se deberá formular la acusación y exponer los datos de prueba que la sustentan. La acusación deberá contener la enunciación de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño;
- II. Que la víctima u ofendido no presente oposición. Sólo será vinculante para el juez la oposición que se encuentre fundada, y
- III. Que el imputado:
 - a) Reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del procedimiento abreviado;
 - b) Expresamente renuncie al juicio oral;
 - c) Consienta la aplicación del procedimiento abreviado;

- d) Admita su responsabilidad por el delito que se le imputa;
- e) Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.³

Es importante destacar que este artículo subraya que únicamente el Ministerio Público está facultado para solicitar este procedimiento, lo que refuerza su papel central en el desarrollo de esta figura procesal. También es relevante señalar que la persona juzgadora debe verificar que estos requisitos se cumplan durante el procedimiento, aunque no existe una forma específica para hacerlo.

En relación con el control judicial de la evidencia presentada, el artículo 203 establece que la persona juzgadora debe asegurarse de que “concurran los medios de convicción que corroboren la imputación”, mientras que el artículo 205 señala que también debe verificar que “los elementos de convicción estén debidamente integrados en la carpeta de investigación”.⁴

Por último, en relación con los efectos del fallo, el artículo 206 indica que la resolución en el procedimiento abreviado se refiere a una sentencia, lo que implica que tiene los mismos efectos legales que una sentencia obtenida mediante juicio ordinario.

3 Código Nacional de Procedimientos Penales, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014, art. 201.

4 *Ibidem*, arts. 203 y 205.

3. Injusticia testimonial agencial

La ministerio público a fuerzas quería que aceptara el procedimiento abreviado, aunque a mí me habían fabricado un delito, porque por lo que él me acusaba era falso, no se sustentaba en las pruebas que él metió a la carpeta

Recientemente, Lackey ha realizado un estudio de las diversas formas en las que el sistema de justicia penal estadounidense genera injusticia epistémica testimonial, centrándose en casos de confesiones falsas y acuerdos de culpabilidad (*plea deals*).⁵ Este análisis aporta herramientas conceptuales que nos permiten comprender una dimensión epistémica del procedimiento abreviado en México, a saber, su tendencia a generar injusticias epistémicas, y buscar soluciones que apunten a mitigar este problema. Para ello, es importante retomar de esta autora dos conceptos: injusticia testimonial agencial y coerción.

Según Lackey, la injusticia testimonial agencial es una forma específica de injusticia epistémica que ocurre cuando el testimonio de una persona es extraído mediante tácticas que subvierten, explotan o anulan su agencia epistémica, y luego se le otorga una credibilidad excesiva e injustificada.⁶ A diferencia de la injusticia testimonial estándar desarrollada originalmente por Fricker, que generalmente implica un déficit de credibilidad basado en prejuicios identitarios, la injusticia epistémica agencial tiene dos componentes centrales.

En primer lugar, implica comprometer la agencia epistémica. Esto se refiere al acto

de extraer el testimonio de una manera que niega o compromete la capacidad del individuo para actuar como un agente epistémico. Esto implica que la persona no puede basar su testimonio en razones o evidencia de forma autónoma, ya que su capacidad para evaluar y procesar información es manipulada o coaccionada. Por ejemplo, en casos de confesiones falsas inducidas bajo coerción, el testimonio no surge de la deliberación autónoma, sino de la manipulación psicológica o física que aliena al individuo de sus propios recuerdos o creencias.

En segundo lugar, implica un exceso de credibilidad en el testimonio extraído. El testimonio obtenido bajo estas condiciones recibe, además, un exceso de credibilidad, lo que significa que se le otorga un valor epistémico desproporcionado en comparación con el que merece, dada la evidencia. Este exceso no se basa en la confiabilidad real del testimonio, sino en razones externas, como el deseo de cerrar un caso o apoyar una narrativa o teoría del caso preestablecida. Como ejemplo paradigmático podemos pensar en la concepción (afortunadamente superada) sobre que una confesión es la prueba reina, con valor pleno, incluso cuando carece de fundamentos fiables o es obtenida mediante coerción.

En relación con la coerción, Lackey la entiende como “la imposición de una amenaza u oferta injusta que cierra a la víctima la posibilidad de un espacio de decisión razonable”.⁷ Según la autora, la coerción ocurre cuando una amenaza u oferta introduce una consideración desproporcionada o injusta que desvía o anula las normativas epistemológicas y morales involucradas en la

5 Jennifer Lackey, *op. cit.*

6 *Ibidem*, p. 137.

7 *Ibidem*, p. 124. La traducción es propia.

decisión. Por ejemplo, el riesgo de ejecución en un acuerdo de culpabilidad puede funcionar como una consideración desproporcionada que impide a la persona acusada evaluar la justicia de declararse culpable de un crimen que no cometió.

Además, la coerción modifica no sólo las opciones disponibles, sino también la naturaleza misma del espacio de decisión, introduciendo lo que Lackey denomina una “consideración abrumadora”, que domina la deliberación racional y moral, puesto que anula la capacidad de considerar todas las razones relevantes. Este concepto trasciende las nociones de legalidad o moralidad general, al rechazar la idea de que algo no es coercitivo simplemente por ser legal. Así, prácticas legales como la amenaza de sentencias más altas en acuerdos de culpabilidad pueden ser coercitivas, incluso si están permitidas por el sistema legal.

En resumen, una amenaza u oferta es coercitiva si es desproporcionada o injusta en relación con las circunstancias del individuo, lo que incluye violaciones de la autonomía o imposición de cargas excesivas. Esto afecta profundamente la agencia epistémica, ya que interfiere con la capacidad de una persona para ser receptiva a razones o evidencias. Por ejemplo, un acusado bajo la amenaza de pena de muerte puede enfocarse exclusivamente en evitar la ejecución, ignorando la verdad de las acusaciones en su contra, y viéndose “forzado” a tomar la decisión más racional, a saber, aceptar el acuerdo de culpabilidad.

La coerción afecta profundamente la capacidad de una persona para actuar de manera deliberada y razonada. Este impacto se agrava en el contexto de sistemas de justicia donde los entornos coercitivos no son aislados, sino procesos acumulativos que moldean las decisiones de los acusados a lo largo

de todo su recorrido judicial, desde la detención hasta la negociación final.

Ahora bien, ¿cómo puede un acuerdo de culpabilidad generar injusticia testimonial agencial? Lackey identifica tres mecanismos mediante los cuales se suele extraer el testimonio al cual se le atribuye después un exceso de credibilidad: la manipulación, el engaño y la coerción.

La manipulación se evidencia en tácticas como la acumulación de cargos (*charge stacking*) y las ofertas explosivas (con fechas de vencimiento próximas y consecuencias enormes en caso de ser rechazadas en ese momento). Estas tácticas alteran las opciones del espacio de decisión del acusado, presionándolo a aceptar acuerdos que parecen razonablemente favorables, aunque están diseñados para servir a los intereses de la fiscalía. Por ejemplo, al ofrecer una sentencia reducida frente a una amenaza inicial exagerada, como 20 años en lugar de 40, se manipula el razonamiento del acusado al explotar su aversión al riesgo y su inclinación por la certeza.

El engaño se manifiesta en la posibilidad legal de mentir a los acusados sobre las pruebas existentes y las consecuencias legales (práctica legal en Estados Unidos). En lugar de proporcionar evidencia real y objetiva, las fiscalías recurren a tácticas diseñadas para inducir falsas percepciones de inevitabilidad en los acusados. Por ejemplo, cuando un acusado es engañado para creer que hay pruebas irrefutables en su contra, su racionalidad es utilizada en su contra, llevándolo a aceptar un acuerdo que parece minimizar el daño, aunque pueda ser inocente.

La coerción, por su parte, opera a través de amenazas injustas o desproporcionadas que introducen consideraciones prácticas abrumadoras, como el riesgo de la pena de muerte o largas condenas, que anulan la ca-

pacidad del acusado de evaluar de manera racional o moral las razones relevantes en su caso. En lugar de deliberar sobre la posibilidad de que se declare su inocencia o culpabilidad y tomar una decisión con base en dicha ponderación, los acusados se ven obligados a enfocarse exclusivamente en evitar el daño más grave, lo cual les cierra la posibilidad de un espacio de decisión razonable.

Ahora bien, independientemente del análisis que la autora realiza en el sistema de justicia estadounidense, estas herramientas conceptuales nos permiten revelar importantes problemas epistémicos del procedimiento abreviado en México, derivados de su regulación en el código procesal penal, pero también de la jurisprudencia, que da a la aceptación de los hechos un exceso de credibilidad claramente injusto e insensible a los entornos de manipulación, engaño y coerción en los que suele negociarse esta forma de terminación anticipada.

4. Dinámicas coercitivas en el procedimiento abreviado

Yo no entendía bien a qué se refería con procedimiento abreviado y ni ella ni nadie me explicaron a profundidad

Que los acuerdos de culpabilidad (y juicios abreviados) son proclives a negociarse en entornos de engaño, manipulación o coerción hacia las personas acusadas, quienes pueden sentirse presionadas para aceptar culpabilidad incluso en ausencia de responsabilidad penal, es algo que ha sido ampliamente discutido en diferentes latitudes y sistemas jurídicos. Por ello, no dedico una sección extensa a argumentar que México no es la excepción, sino que me limito a exponer experiencias y datos puntuales para fundamentarlo.

Según el informe de Fair Trials, *The Disappearing Trial*, en Estados Unidos los acuerdos de culpabilidad (*plea bargaining*) representan más del 97% de las condenas a nivel federal, un fenómeno atribuido a la amplia discrecionalidad otorgada a las fiscalías y al limitado rol de las personas juzgadora en las negociaciones.⁸ Este modelo, aunque busca reducir costos procesales y acelerar la resolución de casos, presenta riesgos significativos, como coerción en la aceptación de la culpabilidad, ya que las personas acusadas pueden verse obligadas a aceptar un acuerdo para evitar una sentencia más severa si optan por un juicio. En casos graves, como aquellos relacionados con delitos castigados con la pena de muerte, los acuerdos han implicado reducciones considerables en las sentencias propuestas, lo que pone a los acusados en una posición de desventaja. También, abusos de poder de la fiscalía, porque la falta de supervisión judicial efectiva permite que las fiscalías utilicen cargos más graves como estrategia de negociación, lo que aumenta la presión para aceptar culpabilidad; y un impacto desproporcionado en grupos vulnerables, puesto que las minorías raciales, personas con discapacidad y jóvenes son particularmente susceptibles a estas dinámicas coercitivas.

El procedimiento abreviado en México no parece ser la excepción, pues muestra indicios de patrones similares (a pesar de la escasa información oficial disponible). Según el reporte de Data Cívica, *El acceso a la justicia*

⁸ Fair Trials, *The Disappearing Trial: Towards a Rights-based Approach to Trial Waiver Systems*, London: Freshfields Bruckhaus Deringer, 2022. <https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/The-Disappearing-Trial-report.pdf>

en México: una carrera de obstáculos,⁹ y datos de la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI) de 2021,¹⁰ el procedimiento abreviado es una figura cuyo uso está en ascenso, pues desde su implementación definitiva en 2017 hasta 2021, 1 de cada 4 casos ya había sido resuelto mediante este tipo de terminación anticipada. Sin embargo, no podemos olvidar que está situado en un contexto con las siguientes características (que, además, están atravesadas por condición de género):

Primero, falta de información en el momento de la detención: en más de la mitad de los casos (61.3 %), las mujeres detenidas no son informadas sobre las razones de su arresto, un porcentaje que supera al de los hombres (56 %), y sólo el 23 % de las mujeres detenidas son informadas de sus derechos (26 % en el caso de los hombres), lo que coloca a las personas en una posición de mayor vulnerabilidad para ser presionadas o engañadas.

Segundo, presión para aceptar el procedimiento: el 62.8 % de las personas presionadas para optar por un procedimiento abreviado señalaron como responsable a su propio abogado, quien, en teoría, debería actuar en defensa de sus intereses.

Tercero, motivos de aceptación influidos por coerción o violencia: después del reconocimiento voluntario, el motivo más común para aceptar culpabilidad entre las mujeres es la presión o amenazas (29 %), mientras

que entre los hombres destacan las agresiones físicas (20.2 %).

Estos datos son suficientes para suponer que, en México, el procedimiento abreviado suele negociarse en entornos de manipulación, engaño o coerción, lo cual se refuerza con el hecho de que la Fiscalía tiene la facultad exclusiva de solicitar esta forma de terminación anticipada. Una vez demostrado lo anterior, el siguiente paso es evidenciar que el procedimiento abreviado, tal cual está regulado por la norma y jurisprudencia mexicana, otorga un exceso de credibilidad a la aceptación de los hechos por parte de la persona acusada, lo cual genera, sistemáticamente, casos de injusticia testimonial agencial.

5. ¿La aceptación de hechos como prueba (de oro)? Análisis de la jurisprudencia mexicana en torno al procedimiento abreviado

El sistema abreviado, cuando lo aceptas, estás aceptando que cometiste el hecho. Entonces, aunque no lo cometas, y aunque no lo cometí, pues tienes que aceptar y decir: ¿sabes qué? pues si me das veinte, pues mejor me quedo con ocho

Como se mencionó anteriormente, para la tramitación del procedimiento abreviado, el control judicial pasa por asegurarse de que “concurran los medios de convicción que corroboren la imputación”.¹¹ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado una tradición jurisprudencial según la cual esta figura constituye una renuncia a la aplicación del principio de

⁹ Data Cívica, *op. cit.*

¹⁰ Instituto Nacional de Geografía y Estadística, *Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL)* México, 2021. <https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2021/>

¹¹ Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.*, art. 203.

contradicción, por lo que no está en debate demostrar la comisión del hecho delictivo ni la culpabilidad del acusado mediante los elementos de prueba, por causa del acuerdo entre las partes y del reconocimiento de culpabilidad por parte de la persona acusada. Esto tiene como consecuencia que:

En este procedimiento el juez de control no tiene por qué realizar un juicio de contraste para ponderar el valor probatorio de cada elemento y de este resultado formarse convicción sobre la culpabilidad o inocencia del sentenciado. Ello está fuera de debate porque así lo convinieron las partes, pues de no ser así carece de sentido la previsión del procedimiento abreviado como medio anticipado de solución de la controversia jurídico penal.¹²

Y que:

[...] esta circunstancia tiene una consecuencia jurídica trascendental en la apertura del procedimiento abreviado, porque en la posición en la que se coloca voluntariamente el acusado, debidamente asistido por un defensor licenciado en derecho, e informado sobre el alcance y las consecuencias jurídicas de aceptar la acusación en los términos en que la formulan la fiscalía o el Ministerio Público, excluye la aplicación del principio de contradicción probatoria reconocido en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque ya no estará a debate demostrar la comisión del he-

cho delictivo ni la culpabilidad del acusado, mediante elementos de prueba, sino que las partes convienen en tener estos presupuestos como hechos probados a partir de los medios de convicción en los que se sustenta la acusación, con la finalidad de que la autoridad judicial esté en condiciones de dictar sentencia.¹³

En consonancia con esta tradición, la Primera Sala ha señalado que el control judicial respecto de los medios de prueba no debe confundirse como un ejercicio de valoración probatoria mediante el cual la persona juzgadora tenga por “demostrada” la acusación formulada por la Fiscalía, sino que únicamente debe:

[...] determinar si la acusación contra el imputado contiene lógica argumentativa, a partir de corroborar que existan suficientes medios de convicción que la sustenten; es decir, que la aceptación del acusado de su participación en la comisión del delito no sea el único dato de prueba, sino que está relacionada con otros que le dan congruencia a las razones de la acusación. En esta posición, al Juez de Control le corresponde verificar que efectivamente se actualicen las condiciones presupuestales para la procedencia de la resolución anticipada de la controversia, entre ellas, la de analizar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción invocados por el Ministerio Público en la acusación. En ese sentido, en el supuesto de que no existan

12 Tesis aislada 1a. CCLXXX/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, Primera Sala, 7 de diciembre de 2018. Registro digital: 2018755

13 Tesis aislada 1a. CCXI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 33, tomo 2, agosto de 2016. Registro digital: 2012315

medios de convicción suficientes para corroborar la acusación, es decir, que no tenga sustento lógico en otros datos diversos a la aceptación del acusado de haber participado en la comisión del delito, el juez estará en posibilidad de rechazar la tramitación del procedimiento abreviado.¹⁴

Además, la misma instancia ha analizado las diferencias jurídicas entre los conceptos de “confesión” y “aceptación”, estableciendo que:

[...] mientras que la “confesión” constituye un indicio que alcanza el rango de prueba plena cuando se corrobora por otros elementos de convicción, la “aceptación” del acusado de su responsabilidad no constituye una prueba ni un dato de prueba, pues se trata del simple asentimiento de la acusación en los términos en que la formula el acusador, que cumple con un requisito de procedencia para la tramitación del procedimiento abreviado. En efecto, la “confesión” del acusado no tiene otra finalidad que la de reconocer su participación en la comisión del delito imputado; mientras que la “aceptación” voluntaria de la participación, se hace con el objetivo específico de terminar en forma anticipada el proceso penal; que se tramite en el procedimiento referido, y se disfrute de los beneficios legales que procedan, tales como la obtención de penas menos estrictas. Así, la “aceptación” de la responsabilidad en los ilícitos atribuidos no constituye una prueba, que sólo puede serlo

la “confesión” formal de los hechos por parte del acusado y que, en su caso, deberá rendirse en juicio oral, no en el procedimiento abreviado. Esto es, cuando el acusado admite ante autoridad judicial su responsabilidad en la comisión del delito atribuido, en las modalidades y circunstancias expuestas por el Ministerio Público en el escrito de acusación, no está propiamente confesando su participación en la comisión de los hechos ilícitos que se le atribuyen, sino que acepta ser juzgado a partir de los medios de convicción en que sustentó la acusación el Representante Social, para dar procedencia al procedimiento abreviado, como forma anticipada de terminación del proceso penal acusatorio ordinario.¹⁵

Aquí se evidencia un problema epistemológico en relación con el procedimiento abreviado, y es que hay una clara tensión acerca de cuál es el estatus epistémico de la aceptación de la responsabilidad por parte de la persona acusada. Mientras que la Corte parece establecer que es una figura mucho menos robusta que la confesión en un sentido epistémico, es decir, que no se trata de evidencia en sentido estricto (no genera ningún valor probatorio y, por tanto, no debe ser ponderada), sino que es más bien la mera aceptación de ser juzgado con base en la acusación de la Fiscalía para dar procedencia a la figura de juicio abreviado, lo cierto es que también exige que la aceptación del acusado de su participación en la comisión del delito no sea el único dato de prueba, sino que debe

14 Tesis aislada: 1a. CCXII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo II, agosto de 2016. Registro digital: 2012313.

15 Tesis aislada 1a. CCIX/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 33, tomo II, agosto de 2016. Registro digital: 2012314.

estar relacionada con otros que le dan congruencia a las razones de la acusación, con lo cual se le otorga la calidad de un elemento probatorio que debe ser ponderado a la luz del resto del acervo probatorio presentado por la parte acusadora.

En otras palabras, aunque la Corte señala que la aceptación no constituye evidencia plena ni debe considerarse como prueba en sí misma, su rol dentro del procedimiento implica consecuencias epistémicas importantes, debido a que se utiliza como un componente que otorga congruencia a la acusación del Ministerio Público. A diferencia de la confesión, que genera inferencias probatorias y puede alcanzar el nivel de prueba plena si se corrobora, la aceptación es simplemente un requisito formal para la procedencia del procedimiento. Sin embargo, su integración con el acervo probatorio del Ministerio Público introduce un valor epistémico indirecto, puesto que se le considera en el análisis de la congruencia y suficiencia del caso. Este doble papel —como acto procesal y como elemento de corroboración— genera una ambigüedad en su estatus epistémico.

De hecho, lo que parece suceder es que la Corte establece un estándar de prueba mucho más débil que aquél exigido para el juicio oral ordinario, y que sólo consiste en un estándar de corroboración que se basa en analizar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción invocados por el Ministerio Público en la acusación, sin exigir que dicha suficiencia rebase el umbral necesario para el juicio oral. En otras palabras, la Corte sí exige (a pesar de su propia tradición) que haya un control judicial sobre el acervo probatorio, pero se trata de un control limitado a la “lógica argumentativa”.

Al reducir el control judicial a un análisis de “lógica argumentativa”, el procedimiento abreviado corre el riesgo de basar sentencias

en una verdad procesal que no necesariamente refleje una verdad más robusta. Esto plantea un problema epistémico porque se prioriza la coherencia narrativa de los medios de convicción sobre su capacidad para satisfacer un estándar probatorio más alto. Recordando a Michele Taruffo:

[...] eso equivale a afirmar que si una narración es buena porque presenta los requisitos de coherencia y correspondencia a lo “normal” [...], entonces es verdadera. Bondad y verdad de la narración, por tanto, son coincidentes. Se trata, sin embargo, de una concepción simplista, unilateral y sustancialmente inatendible, básicamente por una razón fundamental: existen narraciones buenas que, sin embargo, son descriptivamente falsas.¹⁶

Podría pensarse que esta tensión está mal encaminada, pues no considera que la pregunta por la verdad deja de tener sentido en este tipo de casos, pues “si las partes llegan a un consenso sobre los hechos del caso, mediante acuerdos sobre declaraciones de culpabilidad o estipulaciones, no es tan importante determinar cómo ocurrieron los hechos realmente”.¹⁷ Sin embargo, incluso en estos casos, la verdad sigue sien-

¹⁶ Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 22. https://www.te.gob.mx/material_academico/page/libros/103

¹⁷ Máximo Langer, “De los trasplantes legales a las traducciones legales: la globalización del ‘plea bargaining’ y la tesis de la ‘americanización’ en el proceso penal”, *Discusiones*, núm. 21.1, 2018, pp. 39-40. <https://www.cervantes-virtual.com/nd/ark:/59851/bmc1048940>

do un ideal regulativo,¹⁸ y ello queda claro si pensamos en la exigencia que se impone a la persona juzgadora de controlar la lógica argumentativa del acervo probatorio, ya que es un indicador (fálible) de verdad. Si la Corte hubiese adoptado una noción consensual de la verdad, este requisito sería simplemente innecesario.

a) Exceso de credibilidad y sus consecuencias epistémicas

Impulsada por el miedo y el desconocimiento en la tercera audiencia —que se llevó a cabo tres meses después— acepté haber cometido el delito de homicidio y el procedimiento abreviado.

Me sentenciaron a ocho años de prisión

Además de esta tensión epistemológica, otro problema se relaciona con el exceso de credibilidad que la jurisprudencia de la Primera Sala otorga a la aceptación de responsabilidad. Aunque, como se mencionó anteriormente, la Corte establece que debe haber una “lógica argumentativa” que corrobore el acervo probatorio en la acusación, al fijar criterios sobre los efectos de la sentencia condenatoria derivada del procedimiento abreviado —que debe tener los mismos alcances y consecuencias que una sentencia emitida en juicio oral—, la acep-

tación de responsabilidad adquiere un peso epistémico desproporcionado. Este elemento, que no debería tener el estatus de prueba plena, se convierte en el eje sobre el cual se sustentan consecuencias epistémicas significativamente más severas que las derivadas de una confesión formal, lo que genera una distorsión en el balance probatorio y el estándar epistémico del procedimiento.

El primer ejemplo de esta problemática es la restricción que enfrenta la apelación de sentencias derivadas del procedimiento abreviado, en comparación con las emitidas tras un juicio oral. En este contexto, la aceptación de responsabilidad por parte del acusado limita la posibilidad de debatir la acreditación del delito o la culpabilidad, dado que el acusado ha consentido ser juzgado con base en los medios de convicción expuestos por el Ministerio Público. La jurisprudencia señala que:

[...] no se somete a debate la acreditación del delito ni la responsabilidad del acusado en su comisión, debido a la aceptación de éste a ser juzgado con base en los medios de convicción que sustentan la acusación; de ahí que dichos elementos no admiten contradicción en sede judicial, porque son resultado del convenio asumido por las partes para obtener una pena menos intensa de la que pudiera imponerse como consecuencia del procedimiento ordinario, que incluye al juicio oral. De lo contrario, no existiría firmeza en lo acordado con el acusado, respecto a la aceptación de su participación en el delito a partir de los datos de prueba recabados durante la investigación. Tampoco existiría seguridad jurídica para la víctima u ofendido del de-

18 Para una discusión sobre este punto, véase Diana Veleda, “La decisión sobre la *quaestio facti* en los acuerdos de culpabilidad”, *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 2, enero, 2021, pp. 155–184. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22461

lito, quien espera obtener una reparación proporcional al daño inicialmente aceptado por el acusado.¹⁹

Sin embargo, esta posición es epistémicamente problemática porque la restricción de la apelación en este contexto no parece coherente con los principios generales del sistema penal. En los juicios orales, la apelación de una sentencia no vulnera la firmeza del fallo ni la seguridad jurídica, sino que se entiende como un recurso normal para garantizar un control adicional sobre los elementos probatorios y la decisión judicial. En contraste, en el procedimiento abreviado, la aceptación de responsabilidad adquiere un peso tal que bloquea cualquier posibilidad de control en relación con la premisa fáctica y la responsabilidad, lo que refuerza el estatus de esta figura como un elemento de excesiva credibilidad que afecta el equilibrio epistémico del proceso. Una vez más, la aceptación de hechos, que debería ser un acto procesal, adquiere un peso epistémico desproporcionado al convertirse en un pilar que sustenta la irrebatibilidad de la sentencia en esos aspectos.

El segundo ejemplo, derivado del anterior, tiene que ver con la posibilidad de analizar la forma de detención y temas de tortura e incomunicación respecto al origen de los datos de prueba. En relación con el primer punto, la Corte ha señalado que:

En ese sentido, la aceptación para ser sentenciado con los antecedentes recabados en

la investigación, tal como han sido presentados por el Fiscal, constituye un pacto frente al cual el juzgador sólo tiene el deber de verificar que la aceptación sea libre, voluntaria e informada. Por ello, no pueden ser motivo de estudio en el juicio de amparo directo promovido por aquél, los planteamientos relativos a cuestionar su forma de detención, debido a que el procedimiento abreviado excluye la posibilidad de que los datos de prueba sean valorados y de que éstos tengan eficacia probatoria, como sí lo tendrían para efectos de sentencia las pruebas desahogadas en el juicio oral.²⁰

Y en relación con el segundo punto, señala que:

El procedimiento abreviado es una terminación anticipada del procedimiento que se basa en la aceptación del imputado a ser sentenciado de los hechos y medios de convicción que obran en la carpeta de investigación, para que en el caso de dictar fallo condenatorio el culpable se haga acreedor del beneficio de la reducción de la pena. Por lo anterior, los alegatos relativos a que los datos de prueba fueron obtenidos mediante tortura e incomunicación no pueden ser atendidos en amparo directo, en tanto no reflejan un impacto procesal, pues en el procedimiento abreviado no se examinan pruebas y éstas tampoco son el fundamento de la sentencia. Lo que ha tenido efectivo impacto procesal ha sido, en todo caso, la propia

¹⁹ Tesis jurisprudencial 1a./J. 34/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 59, tomo I, octubre de 2018. Registro digital: 2018173. <https://bj.sjfn.gob.mx/documento/tesis/2018173>

²⁰ Tesis aislada 1a. XLIV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 41, tomo I, abril de 2017. Registro digital: 2014102. <https://sjf2.sjfn.gob.mx/detalle/tesis/2014102>

aceptación del imputado de ser juzgado con los hechos medios de convicción tal como obran en la carpeta de investigación, por lo que una vez que se ha aceptado el procedimiento abreviado de forma libre, voluntaria e informada, esto es, sin coerción o tortura para su aceptación, tales aspectos se sustituyen del debate contradictorio que es inherente al juicio oral, para formar parte de un acuerdo que, una vez superada la fase de verificación de requisitos prevista normativamente, es vinculante para el propio juzgador en lo que respecta a la calificación jurídica y penas impuestas.²¹

Esta tendencia ha sido llevada al extremo por un Tribunal Colegiado de Circuito (un órgano jurisdiccional de menor jerarquía) para quien la figura de reconocimiento de inocencia, que es “un medio excepcional a favor del condenado, que permite el examen del proceso concluido por sentencia con autoridad de cosa juzgada, y que de resultar fundado genera el reconocimiento de un error judicial, y anula el fallo de condena”,²² no es procedente si la sentencia fue obtenida mediante procedimiento abreviado, argumentando que:

En el procedimiento abreviado es el acusado quien, con la asistencia jurídica de su defen-

sor, acepta totalmente los hechos materia de la acusación; por tanto, renuncia a tener un juicio oral en el que pueda ejercer el derecho de contradicción probatoria reconocido en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque ya no estará a debate demostrar la comisión del hecho delictivo ni su culpabilidad, mediante elementos de prueba, sino que las partes convienen en tener estos presupuestos como hechos probados a partir de los medios de convicción en los que se sustenta la acusación, con la finalidad de que la autoridad judicial esté en condiciones de dictar sentencia.

De ahí que si el reconocimiento de inocencia procede para desacreditar formalmente las pruebas en las que se fundó la condena, y en el procedimiento abreviado no se ofrecen o producen pruebas, pues el imputado aceptó su participación en el hecho delictivo; entonces, resulta improcedente la solicitud de reconocimiento de inocencia, pues de estimarla procedente se rompería con el principio de contradicción probatoria que únicamente tiene lugar en el juicio oral.²³

Como puede verse, el exceso de credibilidad otorgado a la aceptación de hechos en el procedimiento abreviado también se refleja en la manera en que este excluye el análisis de violaciones graves de derechos humanos, como la tortura (u otras violaciones a derechos humanos durante la detención), y su

21 Tesis aislada 1a. XLV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 41, tomo I, abril de 2017. Registro digital: 2014103. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2014103>

22 Ramiro Rodríguez, “Análisis del reconocimiento de inocencia o revisión extraordinaria”, *Revista Instituto Judicatura*, núm. 30, noviembre, 2010, p. 270.

23 Tesis aislada VI.10.P.14 P (11a.), *Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, undécima época, libro 32, tomo IV, diciembre de 2023. Registro digital: 2027770. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027770>

impacto en los datos de prueba. En un juicio ordinario, la tortura tiene consecuencias procesales claras (que pueden hacerse valer en cualquier momento): cualquier medio de prueba obtenido directa o indirectamente a través de ella debe ser excluido, de acuerdo con la teoría del fruto del árbol envenenado. Esto no sólo garantiza un filtro para que las pruebas sean más fiables, sino que también protege la integridad del proceso judicial, al evitar que elementos ilícitos contaminen la narrativa probatoria, además de proteger los derechos fundamentales de las personas acusadas.

En el procedimiento abreviado, esta salvaguardia desaparece. La aceptación de hechos blinda los datos contenidos en la carpeta de investigación de cualquier tipo de escrutinio, incluyendo aquellos relacionados con la posible existencia de tortura. Según la jurisprudencia de la Primera Sala, la aceptación de hechos implica que la persona imputada renuncia al derecho a debatir la validez de los medios de prueba, ya que estos no son formalmente desahogados ni analizados en este procedimiento. Esto significa que incluso si los datos de prueba fueron obtenidos mediante tortura, esta circunstancia no puede ser objeto de análisis ni implica su exclusión, lo que se refuerza con la negativa a permitir el reconocimiento de inocencia en casos de procedimiento abreviado. Este blindaje genera un problema epistémico significativo, ya que valida narrativas probatorias de la parte acusadora potencialmente viciadas, siempre y cuando tengan “lógica argumentativa”.

Otro problema derivado del exceso de credibilidad otorgado a la aceptación de hechos en el procedimiento abreviado es la falta de análisis sobre las condiciones previas en las que la persona acusada interactuó con el sistema de justicia. Esta tendencia jurispru-

dencial se limita a garantizar que, en el momento de aceptar el procedimiento, la decisión sea voluntaria, libre e informada, pero ignora por completo los entornos coercitivos que pudieron moldear esa decisión mucho antes de la negociación. En este sentido, es posible imaginar escenarios en los que, en el momento de negociar, no haya evidencia de coerción: la persona acusada cuenta con asesoría adecuada, la negociación se realiza en audiencia pública bajo escrutinio judicial, y la aceptación de los hechos parece consensuada. Sin embargo, lo que se omite en este análisis es cómo las experiencias previas de coerción, como tortura durante la detención, presión psicológica en instalaciones de la fiscalía o condiciones inhumanas en prisión preventiva, ya habrán cerrado el espacio de posibilidades razonables para la persona acusada.

Desde esta perspectiva, el entorno coercitivo previo afecta directamente la autonomía epistémica de la persona acusada, entendida como su capacidad para tomar decisiones informadas y libres en un contexto de opciones genuinamente razonables. Si el sistema penal genera un entorno coercitivo acumulativo que limita las opciones razonables de la persona acusada, incluso una decisión aparentemente libre en el momento de la negociación está viciada desde su origen. En otras palabras, la coerción no necesita estar presente durante la negociación para invalidar la decisión; basta con que el contexto previo haya moldeado la percepción de la persona acusada sobre qué opciones son viables o seguras.

Este escenario refuerza la necesidad de controles judiciales que aborden no sólo la transparencia en la negociación final, sino también el historial previo de interacción de la persona con el sistema de justicia, es decir, “escuchar con atención” a la persona, que es

el centro del proceso y debería ser el centro del sistema de justicia. Ignorar este contexto perpetúa dinámicas que erosionan la autonomía epistémica y la justicia procesal, porque se validan decisiones que, aunque parecen consensuadas, son el producto de una estructura coercitiva más amplia.

En conclusión, estas características del procedimiento abreviado en México parecen separarlo de la categoría de un juicio sumario o una simple terminación anticipada del proceso. Las diferentes consecuencias epistémicas que genera (su tendencia a blindar los datos de prueba y a excluir recursos de revisión como el reconocimiento de inocencia) lo convierten en un procedimiento distinto, con reglas que lo alejan de los estándares epistémicos aplicados en un juicio oral. Este carácter único del procedimiento abreviado plantea preguntas sobre su legitimidad epistémica, ya que prioriza la firmeza y la eficiencia procesal sobre la posibilidad de corregir errores o revisar la validez de la narrativa probatoria, incluso en casos en los que surgen nuevos elementos probatorios (que establecen la inocencia de la persona acusada).

6. Soluciones procesales: buenas prácticas internacionales

Se podrán imaginar mi enojo, frustración e impotencia. Ahí me cayó el veinte: al juez parece no interesarle si eres inocente o no

Al analizar experiencias internacionales, es posible identificar buenas prácticas y salvaguardas clave que han fortalecido estas figuras procesales mediante un mayor control judicial y mecanismos de apelación efectivos. En esta sección se estudiarán algunas recomendaciones emitidas por el informe

The Disappearing Trial previamente citado, con un especial énfasis en aquellas potencialmente útiles para reducir los dos elementos que provocan la aparición sistemática de injusticia testimonial agencial: la coerción y el exceso de credibilidad; de esta manera, se contribuye a garantizar decisiones más justas y epistémicamente robustas.

Control judicial sobre el acervo probatorio

Una de las áreas centrales de intervención es el control judicial. En países como Alemania, las personas juzgadoras desempeñan un papel activo, no sólo verificando los requisitos procesales, sino también evaluando la calidad de las pruebas. Esta práctica garantiza que éstas no dependan exclusivamente de la aceptación de la persona acusada y que los elementos probatorios sean plausibles, diversos e independientes.

En Finlandia, un enfoque similar requiere que las pruebas centrales de un caso sean corroboradas por evidencia independiente, lo que refuerza la credibilidad epistémica de las decisiones.

En México, aunque la persona juzgadora tiene la obligación de corroborar la “lógica argumentativa” de los datos de prueba, no existe un estándar que exija evaluar su calidad y suficiencia bajo un umbral más robusto.

Aquí enfrentamos un dilema. No podemos exigir el mismo estándar de prueba de un juicio oral, ya que en el procedimiento abreviado no se desahogan pruebas. Pero hemos argumentado que la “lógica argumentativa” es insuficiente como estándar epistémico. Entonces, ¿qué podría funcionar? La discusión sobre estándares de prueba es amplísima y supera los alcances de este escrito, pero es posible introducir un estándar intermedio que obligue a la persona juzgadora a

analizar si las pruebas presentadas son legítimas, independientes, variadas y no están contaminadas por vicios procesales, como tortura o coerción —lo que representa riesgos epistémicos, pues no son confiables—, o que la hipótesis de culpabilidad es la más plausible con base en ese acerbo probatorio.

b) Control judicial sobre la negociación y prevención de entornos coercitivos

Además del control sobre las pruebas, es crucial supervisar cómo se llevan a cabo las negociaciones en el procedimiento abreviado. En Alemania, éstas deben realizarse en audiencia pública bajo la supervisión directa de la persona juzgadora, lo que asegura que las partes actúen de manera equilibrada y transparente. En Nueva Zelanda, la persona juzgadora también desempeña un papel activo, al garantizar que ambas partes entiendan las condiciones del acuerdo. En México, en cambio, las negociaciones suelen realizarse de manera opaca y sin un registro formal, lo que da lugar a presiones indebidas, posiblemente bajo condiciones engañosas (con lo cual se explota la agencia epistémica de las personas acusadas), y dificulta garantizar que se desarrolle en condiciones justas. Una medida necesaria sería prohibir las negociaciones privadas y exigir que se realicen en audiencia pública, con la obligación de documentar todas las discusiones mediante registro audiovisual. Esta medida no sólo incrementaría la transparencia, sino que también reforzaría la percepción de legitimidad del procedimiento, al permitir un escrutinio público y judicial más riguroso.

Otro aspecto fundamental del control judicial es la prevención de la coerción. En países como India y Malasia, las personas juzgadoras deben entrevistarse en privado

con las personas acusadas antes de aceptar un acuerdo; así se verifica que la decisión sea libre, informada y sin presiones indebidas. En Finlandia, se utilizan cuestionarios detallados para evaluar si las personas acusadas comprenden plenamente las implicaciones de aceptar el procedimiento.

En México, aunque la ley exige que la aceptación sea voluntaria, libre e informada, no se han implementado herramientas procesales claras para garantizarlo. Por ello, sería pertinente introducir entrevistas privadas obligatorias entre la persona juzgadora y la persona acusada, acompañadas de cuestionarios estándar y registros audiovisuales que documenten la decisión. Estas medidas protegerían la agencia epistémica de la persona acusada, reduciendo dinámicas de coerción y fortaleciendo la integridad del procedimiento.

c) Mecanismos de apelación

Otra dimensión esencial para mejorar el procedimiento abreviado son los mecanismos de apelación. En Alemania, las sentencias derivadas de acuerdos negociados no excluyen la posibilidad de apelación; esto permite que las personas sentenciadas cuestionen aspectos como la proporcionalidad de las penas o la calidad de las pruebas. En Chile, las personas sentenciadas pueden apelar decisiones específicas del procedimiento abreviado, como la calificación jurídica de los hechos o la pena impuesta. En Nueva Gales del Sur, Australia, cualquier sentencia derivada de acuerdos debe ser revisada judicialmente para garantizar que sea justa y proporcional.

En México, en contraste, las posibilidades de apelación son limitadas, ya que la aceptación de hechos cierra el debate sobre la robustez del acervo probatorio y otros aspectos procesales, de manera que se limita prin-

cipalmente a los requisitos de procedencia y proporcionalidad de la pena. Para enfrentar este problema, sería necesario ampliar el ámbito de apelación, con el fin de permitir revisar la suficiencia de las pruebas y la existencia de coerción a lo largo de toda la experiencia de la persona acusada con el sistema de justicia (y no sólo la existencia de coerción en la aceptación del procedimiento).

La implementación de estas salvaguardas fortalecería significativamente el procedimiento abreviado en México. Al adoptar estas buenas prácticas internacionales, México podría transformar el procedimiento abreviado en una herramienta que combine eficiencia procesal, robustez epistémica y un compromiso genuino con la justicia y los derechos humanos.

7. Dos posibles objeciones: eliminar la coerción y niveles exactos de credibilidad

El argumento sobre el exceso de credibilidad otorgado a la aceptación de hechos en el procedimiento abreviado podría enfrentar dos objeciones importantes. La primera se pregunta si, al eliminar entornos coercitivos, sería posible justificar el nivel de credibilidad que actualmente tiene esta figura. La segunda, más técnica, plantea la dificultad de definir qué nivel de credibilidad sería adecuado en este contexto.

Respecto a la primera objeción, es crucial señalar que eliminar completamente los entornos coercitivos es prácticamente imposible. Las dinámicas de coerción no son eventos aislados que puedan ser controlados únicamente en el momento de la negociación del procedimiento abreviado. Más bien, son procesos diacrónicos que moldean las decisiones de las personas acusadas a lo largo de toda su interacción con el

sistema penal, desde la detención hasta la prisión preventiva. Los datos disponibles parecen reforzar esta conclusión: como vimos anteriormente, según la ENPOL 2021, un alto porcentaje de personas detenidas reportaron no haber sido informadas sobre las razones de su arresto ni sobre sus derechos, y muchas experimentaron presión (y violencia) física o psicológica desde el inicio de su interacción con las autoridades. Estos patrones sugieren que los entornos coercitivos no sólo son comunes, sino que generan un impacto acumulativo que reduce significativamente el espacio de posibilidades razonables para la persona acusada.

Incluso si lográramos garantizar que la negociación del procedimiento abreviado sea completamente transparente y sin coerción, este control no podría deshacer el impacto previo de un entorno coercitivo prolongado (e incluso si esto fuera posible, no olvidemos que la aceptación de los hechos es más un acto procesal para la procedencia del juicio abreviado y no una confesión formal, por lo que dicha credibilidad seguiría siendo excesiva). Por tanto, la única solución epistémicamente válida es reducir el valor probatorio de la aceptación, integrándola como un dato más dentro del acervo probatorio, sujeto a corroboración independiente. Este enfoque no sólo reconoce la imposibilidad de eliminar la coerción acumulativa, sino que también incentiva mejores prácticas procesales al desalentar el uso de presiones previas como herramienta para asegurar acuerdos.

En cuanto a la segunda objeción, no es necesario definir un nivel exacto de credibilidad para proponer una política epistémica más robusta. En lugar de ello, es posible establecer lineamientos procesales que regulen su uso probatorio. Siguiendo el precedente de la confesión, la aceptación de hechos debería ser tratada como una prueba más dentro del acervo probatorio, cuya validez depende de su co-

rroboración por otros elementos. Así, el nivel de credibilidad debe ser flexible y contextual en función del resto del acervo probatorio, lo que permite que las personas juzgadoras evalúen cada caso en función de las condiciones específicas de la negociación y el contexto probatorio disponible.

8. Conclusiones

El procedimiento abreviado, concebido como un mecanismo para despresurizar los sistemas de justicia penal, enfrenta desafíos significativos que comprometen tanto su legitimidad procesal como su solidez epistémica. Este artículo demuestra que la aceptación de hechos, en lugar de ser un recurso neutral, adquiere un peso desproporcionado que puede llevar a decisiones injustas. Aunque la regulación mexicana contempla controles judiciales, estos suelen ser aplicados de manera formalista, sin garantizar una revisión sustantiva de las condiciones de obtención de pruebas o de las dinámicas coercitivas acumulativas.

A través del análisis de experiencias internacionales y la incorporación de herramientas epistemológicas, se proponen ajustes procesales para reducir estos riesgos. Estos cambios aportarían un marco más robusto para proteger la agencia epistémica de las personas imputadas, de manera que se equilibren la eficiencia y la justicia. Este artículo, por tanto, además de abordar un problema local, contribuye al entendimiento general de cómo los sistemas procesales pueden influir en las dinámicas de injusticia epistémica.

9. Referencias

- Código Nacional de Procedimientos Penales, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014, última reforma publicada el 16 de diciembre de 2024.
- Data Cívica, *El acceso a la justicia en México: una carrera de obstáculos para víctimas, inculpados y autoridades* [en línea], 2023. <https://obstaculosjusticia.datacivica.org>
- Fair Trials, *The Disappearing Trial: Towards a Rights-based Approach to Trial Waiver Systems*, London: Freshfields Bruckhaus Deringer, 2022. <https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/The-Disappearing-Trial-report.pdf>
- INEGI: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL)* México, 2021. <https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2021/>
- LACKEY, Jennifer, *Criminal Testimonial Injustice* [en línea]. Oxford: Oxford University Press, 2023. <https://doi.org/10.1093/oso/9780192864109.001.0001> (Consultado el 17 de noviembre de 2024).
- LANGER, Máximo, “De los trasplantes legales a las traducciones legales: la globalización del ‘plea bargaining’ y la tesis de la ‘americanización’ en el proceso penal”, *Discusiones*, núm. 21.1, 2018, pp. 25-134. <https://www.cervantesvirtual.com/ndark:/59851/bmc1048940>
- RODRÍGUEZ, Ramiro, “Análisis del reconocimiento de inocencia o revisión extraordinaria”, *Revista Instituto Judicatura*, núm. 30, noviembre, 2010, pp. 257-293.

- TARUFFO, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. https://www.te.gob.mx/material_academico/page/libros/103
- Tesis aislada 1a. CCIX/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 33, tomo II, agosto de 2016. Registro digital: 2012314. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012314>
- Tesis aislada 1a. CCLXXX/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, Primera Sala, 7 de diciembre de 2018. Registro digital: 2018755. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2018173>
- Tesis aislada 1a. CCXI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 33, tomo II, agosto de 2016. Registro digital: 2012315
- Tesis aislada 1a. CCXII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo II, agosto de 2016. Registro digital: 2012313.
- Tesis aislada 1a. XLIV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 41, tomo I, abril de 2017.
- Registro digital: 2014102. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2014102>
- Tesis aislada 1a. XLV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 41, tomo I, abril de 2017. Registro digital: 2014103. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2014103>
- Tesis aislada VI.10.P.14 P (11a.), Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, undécima época, libro 32, tomo IV, diciembre de 2023. Registro digital: 2027770. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2027770>
- Tesis jurisprudencial 1a./J. 34/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 59, tomo I, octubre de 2018. Registro digital: 2018173. <https://bj.scjn.gob.mx/documento/tesis/2018173>
- VELEDA, Diana, “La decisión sobre la quaestio facti en los acuerdos de culpabilidad”, *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 2, enero, 2021, pp. 155–184. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22461

5

Problemática en la persecución en la red de los delitos en la *darknet*

*Challenges in the Online Investigation
of Crimes on the Darknet*

• **Susana María Barón Quintero** •

Abogada de Ilustre Colegio de Abogados de Huelva
Doctoranda de la Universidad de Huelva
susana.baronquintero@gmail.com

Fecha de recepción
15-09-2024

Fecha de aceptación
26-10-2025

Resumen

La dificultad de perseguir y sancionar los delitos realizados mediante la *darknet* radica en la compleja estructura de internet que, al ser mundial, sin control fronterizo ni de las comunicaciones, dificulta la identificación de los ciberdelincuentes, quienes se benefician de las lagunas legales existentes. Esto apunta a la obligación de revisar las legislaciones nacionales e internacionales para establecer un sistema de control de comunicaciones informáticas, con rastreo y supervisión de contenidos delictivos. Es necesario, además, reforzar tanto la cooperación policial y judicial europea e internacional como la capacitación y especialización de los operadores policiales y del ámbito jurídico y judicial, para disminuir el riesgo en la red.

Palabras clave

Darknet, deep web, TOR, cibercrimen, TIC, ciberseguridad, cooperación, Unión Europea.

Abstract

The difficulty in prosecuting and sanctioning crimes committed through the darknet lies in the complex structure of the Internet, which, due to its global nature and the absence of border controls or effective regulation of communications, hinders the identification of cybercriminals, who take advantage of existing legal loopholes. This situation highlights the need to review national and international legislation in order to establish a system for monitoring digital communications, including the tracking and supervision of criminal content. Furthermore, it is necessary to strengthen both European and international police and judicial cooperation, as well as the training and specialization of law enforcement officers and legal and judicial professionals, in order to reduce risks within the online environment.

Keywords

Darknet, deep web, TOR, cybercrime, ICT, cybersecurity, cooperation, European Union.

Sumario

- 1. Introducción. Análisis y estudio en la persecusión de los delitos de internet profundo o internet invisible, internet oculto e internet oscuro (*deep web, invisible web, hidden web, darknet*). / 2. Dificultades probatorias. La prueba. Prueba pericial informática. Admisibilidad y legalidad. / 3. Medios analógicos. / 4. Instrumentos de cooperación internacional. / 5. Referencias.**

1. Introducción. Análisis y estudio en la persecución de los delitos de internet profundo o internet invisible, internet oculto e internet oscuro (*deep web, invisible web, hidden web, darknet*)

Los delitos de la *deep web*, o también ya habitualmente llamados “delincuencia del futuro”, son la criminalidad de la actualidad, la cual se vale de las nuevas tecnologías que tradicionalmente eran de uso de la inteligencia militar y los servicios secretos, pero que, actualmente, se utilizan para cometer delitos en el ámbito de la criminalidad organizada o por parte de cualquier delincuente que actúe de forma individual y aislada.

Estos delitos, perpetrados mediante la *deep web* y dentro de ésta la *darknet*, son realmente convencionales o tradicionales, aunque se canalizan y ejecutan mediante internet y las nuevas tecnologías. Como dice Espinosa Sánchez, los ciberdelitos son:

[...] aquellos actos ilícitos que, valiéndose de las ventajas surgidas de la revolución tecnológica, consiguen penetrar en las defensas de los sistemas informáticos, provocando la vulneración de éstos, y dando lugar a una

pluralidad de delitos que pueden variar en su esencia delictiva.¹

O, como dice Urbano Castrillo, el ciberdelito es un:

[...] tipo de delito, tradicional o propio de la sociedad de la información, propiciado por las tecnologías que ésta aporta. El convenio de Budapest ofrece un concepto basado tanto en la utilización de determinadas técnicas y modos de proceder informáticos [...] como en ciertos contenidos cuya vulneración se ve facilitada por el medio Internet.²

La *darknet* es una parte de internet ubicada en la *deep web*, sin visibilidad, oculta estratégicamente para encubrir la identidad del ciberusuario en el propio tráfico, ya que

¹ Jesús Francisco Espinosa Sánchez, “Ciberdelincuencia. Aproximación criminológica de los delitos en la red”, *La Razón Histórica*, núm. 44, septiembre-diciembre, 2019, p. 155.

² Eduardo de Urbano Castrillo, “Los delitos informáticos tras la reforma del cp de 2010”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre, 2011, p. 18.

no la registran los distintos motores de búsqueda. En la *darknet* o *darkweb* encontramos material, información y páginas no indexadas en buscadores habituales como Google, Bing y Yahoo!, y por lo tanto, no accesibles mediante los navegadores web usuales y tradicionales.

La *darknet* es la esfera oculta de internet, donde sucede una pluralidad de hechos delictivos gravosos, como la contratación de sicarios, compraventa de pasaportes y cuentas bancarias, secuestros virtuales, pornografía infantil, tráfico de drogas y armas, estafas virtuales, blanqueo de dinero e, incluso, intercambio de información política *top secret* de países importantes en el panorama mundial.

Para combatir los ataques criminales realizados mediante internet, lo primero que se debe hacer es acceder a los medios y formas de comisión, con el fin de adoptar las diferentes respuestas legales para proteger, en cualquier caso, los derechos fundamentales que pudieran verse comprometidos.

El delincuente en solitario, con el uso de las tecnologías, consigue preservar su identidad, ya que actúa bajo la protección y garantía del anonimato, por lo que su conducta merece un mayor reproche penal. Esto mismo también sucede con las organizaciones criminales dotadas de estructuras complejas, jerárquicas, por lo que la acción dañosa, en muchos casos, queda impune a causa de la enorme dificultad de identificar al autor, lo cual se agrava, aun si cabe, con los problemas de localización y las competencias jurisdiccionales internacionales.

De esta forma, también prolifera una nueva configuración de crimen organizado que hace de la actividad ilícita un negocio por medio de internet y de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), “al servicio de toda la humanidad internacional y en contra de ella”.

Como mantiene el profesor Miró Llinares, respecto del cibercrimen y de la delincuencia en internet:

[...] hoy en día se caracterizan por encontrarse completamente determinados por el uso de Internet y las tics. Esto se traduce en que ya no se utilizan exclusivamente los medios electrónicos para delinquir, sino que además Internet se convierte en una oportunidad para la comisión de infracciones tradicionales, de forma que los ciberdelitos quedan determinados por los medios electrónicos y por Internet.³

2. Dificultades probatorias.

La prueba. Prueba pericial informática. Admisibilidad y legalidad

La detección y la práctica de las diligencias de investigación probatorias y la práctica procesal que se necesita recabar para la persecución de este tipo de delitos que navegan y proliferan en la red oscura, generan multitud de problemas que afectan y pueden atentar contra los derechos fundamentales amparados en la Constitución Española (CE).

En concreto, el artículo 18 de la CE, sobre entrada, registro, ocupación, intervención de comunicaciones, etcétera, junto con la legislación sobre protección de información y datos, dificultan enormemente la obtención de prueba plena, legítima, legalmente constituida, válida y suficiente que permita desvirtuar el principio de presunción de inocencia y nos ofrezca elementos de culpabilidad.

³ Fernando Miró Llinares, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 37-38.

A todo ello hay que sumar los problemas que, en el contexto y desarrollo de la investigación penal, generan los prácticamente casi nulos vestigios del ciberdelincuente, además de la eliminación de las pruebas o su difícil custodia y complejo cotejo.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) prevé expresamente los requisitos, procedimiento y garantías para recabar pruebas tecnológicas que puedan utilizarse en el proceso penal, sin posibilidad de que se invaliden o impugnen.

Los actuales medios de investigación que tenemos en nuestra legislación y en el sistema judicial y policial para perseguir la ciberdelincuencia, en muchas ocasiones, no constituyen “prueba de cargo”, por lo que el modo de su adquisición determinará que la prueba sea lícita, legal y válidamente constituida para poder encausar al acusado y someterlo a un proceso penal justo con todas las garantías.

En consecuencia, en el Estado social y democrático de derecho, para recabar la prueba lícita con éxito y frente al delincuente, al que se le reprocha penalmente por su conducta infractora, se deberá proceder del modo que prevean los mecanismos legales existentes, de la forma menos invasiva y con respeto y mínima o nula afectación a los derechos fundamentales.

Es así como la prueba que realmente va a determinar la existencia o no de la actividad delictiva es:

[...] la prueba pericial informática con sus singularidades sobre la cadena de custodia, el volcado, clonado, y análisis de datos, entre otras, que unida a otras pruebas tecnológicas como rastreos, señales de ip, agente encubierto en internet, balizas, colocación de gps, la intervención de las líneas de internet adsl o la introducción de virus troyanos

espías para la investigación criminal [...] nos aportará el propio escenario criminal.⁴

Como afirma Josefina Quevedo González:

Las pruebas informáticas están sometidas, en este sentido, a un doble juicio, a unos requisitos de admisibilidad.

Tales requisitos consisten de una parte, en un previo juicio de licitud (es decir, que la prueba se haya obtenido sin violar derechos fundamentales pues, en otro caso, sería nula, ex art. 11.1 LOPJ), y de otra, en un juicio de fiabilidad, que consiste en examinar la autenticidad (no manipulación) y la integridad (conservación del contenido) del material aportado, la intangibilidad e inalterabilidad del mismo, y la ausencia de técnicas espurias en la obtención de la información recabada en el curso de tal medio de investigación, pues las dudas sobre la fiabilidad determinarán su inadmisibilidad probatoria.

De conformidad con el art. 230.2 LOPJ, resulta necesario asegurar la autenticidad (garantizar la fuente de la que proceden los datos) y la integridad (que el activo de información no ha sido alterado de manera no autorizada) de la prueba informática incorporada al proceso, de tal manera que quede garantizado que la sometida al tribunal de enjuiciamiento es la misma que la que fue incautada o aprehendida.

El juicio de fiabilidad determina, una serie de singularidades cuando se aplica a las pruebas informáticas.⁵

⁴ Eloy Velasco Núñez, *Delitos cometidos a través de Internet: cuestiones procesales*, Madrid: La Ley, 2011.

⁵ Josefina Quevedo González, *Investigación y prueba del ciberdelito* (tesis doctoral), Barcelona: Universidad de Barcelona, 2017.

En síntesis, en la legislación española contamos con un sistema de instrumentos y herramientas jurídicas en aras de conseguir las pruebas necesarias para luchar contra la ciberdelincuencia y, además de otros elementos probatorios, fundamentalmente la prueba informática es la determinante. Sin embargo, como ocurre con el resto de las pruebas, se imponen y exigen límites en cuanto a los procesos y el modo de obtención, preservación y utilización, que deben respetar los derechos fundamentales que pudieran verse afectados. Todo ello opera como una condición necesaria y de obligado cumplimiento.

2.1 Técnicas de investigación de la delincuencia digital

Encontramos la regulación de las técnicas de investigación de la delincuencia digital en la LECRIM, en virtud de la reforma efectuada mediante la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Esta refuerza las garantías procesales en el marco de la protección de la sociedad democrática y ofrece solución a muchas de las cuestiones que plantea la investigación de los ciberdelitos, mediante una normativa específica de técnicas de investigación tecnológica, que se encuentran reguladas en el título VIII del libro II,⁶ “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”.

Estas medidas de investigación que buscan adaptarse a la realidad cambiante del mundo digital se clasifican concretamente en las que puede practicar la policía por sí misma y no requieren autorización judicial y las que sí requieren de la autorización judicial. En realidad, son las mismas que se practicaban anteriormente; a pesar de que existe una regulación expresa en la LECRIM, estaban amparadas en otras leyes y en la jurisprudencia.⁷

Plan Estratégico contra la Cibercriminalidad

El Plan Estratégico contra la Cibercriminalidad se creó con la finalidad de luchar de forma efectiva contra la delincuencia tecnológica y fue aprobado por el Comité Ejecutivo de Coordinación (CECO) del Ministerio del Interior el 18 de febrero de 2021. Se estructuró en cinco áreas: detección, prevención, protección, persecución y respuesta a las víctimas del delito.

La elaboración y configuración del plan dirigido por la Oficina de Coordinación de Ciberseguridad (occ) contó con una pluralidad de autoridades, especialistas y expertos del ámbito de la fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, esto es, Policía Nacional y Guardia Civil, policías autonómicas, del ámbito judicial y operadores jurídicos, Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado, Consejo General de la Abogacía Española, organismos especializados como CCN-CERT e INCIBE-CERT, Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), Centro Nacional de Protección de Infraestructuras y Ciberseguridad (CNPIC), representantes del ámbito de la universidad, bancario y organismos y entidades privadas.

6 Ley de Enjuiciamiento Criminal, *Gaceta de Madrid*, núm. 260, España, 17 de septiembre de 1882. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

7 Cfr. Josefina Quevedo González, *op. cit.*

En el ámbito internacional se creó la figura de la infiltración policial tras la Convención de la onu en la lucha contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en Viena en diciembre de 1988 con la finalidad de mejorar y optimizar los mecanismos utilizados para combatir ese tipo de delincuencia e implementar otros más innovadores y modernos.

Hay diversas medidas de investigación policial en la legislación española, como, la figura de los agentes encubiertos, entrega vigilada, protección de testigos, explotación del arrepentimiento, acciones en altamar,⁸ utilización de bienes aprehendidos, transmisión de datos interpoblaciones directos y oficiales de enlace y equipos conjuntos de investigación. Estas circunstancias, bajo el prisma de la seguridad nacional, suponen un gran desafío e implican que el Estado español precise de una especial inversión en recursos de carácter material y personal orientados a la prevención (refuerzo de las fronteras, vigilancia marítima, control portuario, etcétera).⁹

En concreto, la infiltración policial —que se usa como una técnica eficaz para la investigación de delitos como el narcotráfico o el terrorismo en general—, en la *darknet* lleva, en muchas ocasiones, a desvelar y desmantelar actividades delictivas propias de la delincuencia organizada.

La técnica de la infiltración policial es el instrumento utilizado por un miembro de la policía judicial que se adentra y opera en el propio mercado de la *darknet* adoptando la falsa identidad de un comprador o vendedor o de una organización criminal, lo que le permite ganarse la confianza de los cibodelincuentes y desarrollar tareas principalmente de detección, represión y prevención del delito, además de reunir pruebas y comparecer en las actuaciones judiciales, tras identificar a sus integrantes y recabar información sobre la estructura, funcionamiento, *modus operandi*, ámbito de actuación, tipología delictiva, financiación, etcétera.

Todo ello se trató en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de diciembre de 2000, la consideró como técnica especial con obligación de observancia y respeto de los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico interno.¹⁰

8 Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 77, España, 30 de marzo de 2015, art. 36.16: se considerará infracción grave “el consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares”.

9 Cfr. Fernando Pérez Álvarez y Laura Zúñiga Rodríguez, *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas*, Navarra: Thomson Reuters, 2015, p. 10.

10 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*. Nueva York: Naciones Unidas, 2004, art. 20. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

En el ámbito europeo, el artículo 14 del Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 29 de mayo de 2000, hace referencia a estas técnicas y las denomina como “investigaciones encubiertas”, que define como: “investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa”,¹¹ y también estipula que la investigación se debe llevar cabo aplicando la ley interna del Estado en cuyo ámbito territorial se desarrolle la investigación.¹²

La figura del agente encubierto en España se encuentra regulada en el artículo 282

bis de la lecrim y fue introducida por la Ley Orgánica 5/1999 del 13 de enero, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

El agente encubierto permite que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado puedan actuar bajo una identidad falsa, como estrategia para poder adentrarse en el seno del ámbito de actuación criminal y revelar la identidad y responsabilidad de los investigados. Tiene un periodo de vigencia inicial de 6 meses, que puede ser prorrogado por autorización judicial, y toda la información y pruebas que obtenga el agente encubierto deberán ponerse disposición de la autoridad judicial a la mayor brevedad posible para que pueda valorarse en un proceso de investigación judicial.

11 Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie C, núm. 197/01, 12 de julio de 2000, art. 14.

12 En el Informe explicativo de este Convenio se establece que los agentes encubiertos “deberían tener una formación específica, y que puede recurrirse a ellos en particular para que se infiltren en una red delictiva con vistas a obtener información o a ayudar a identificar y detener a los miembros de esa red” (Informe explicativo del Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Comunidad Europea*, serie C, núm. 379/7, 29 de diciembre de 2000, art. 14). Se reconoce que el artículo 14 del Convenio se ha redactado en términos generales para que los Estados gocen de “flexibilidad” en las investigaciones encubiertas y se señala que, en todo lo relativo a la preparación y supervisión de la investigación y a la seguridad de los agentes infiltrados, ha de haber una cooperación entre los Estados interesados. Por tanto, deja claro, finalmente, que se aplicará el Derecho nacional del Estado en el que se lleve a cabo la investigación.

2.2 *Medios tecnológicos*

La investigación criminal actual cuenta con un gran número de técnicas que benefician su proceso y la lucha contra la ciberdelincuencia y que, además, permiten adoptar medidas preventivas cautelares y restrictivas de derechos en el ámbito de internet, o cualquier tecnología de la información y comunicación, como “la retirada provisional de contenidos ilícitos, interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos, bloqueo provisional de ambos cuando radiquen en el extranjero”, al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM).¹³

13 Se modificó el artículo 13 de la LECRIM cuando se le añadió un segundo párrafo mediante la

Las técnicas del raspado, recolección web, extracción de datos web y el análisis de la *darknet* se realizan con herramientas gratuitas que se encuentran en internet. Concretamente, la herramienta del raspado web carga las url que proporcionan los usuarios y, con ello, se extrae toda la información del sitio.

Hay que añadir también la inteligencia artificial IA, software de reconocimiento facial que permite identificar al presunto autor a través de imágenes o videos; el escaneo en 3D, mediante la captura de imágenes que permiten recrear la escena del crimen de forma virtual; el análisis de *big data*, con el que se puede recoger gran cantidad de imágenes e información de distintas fuentes (como redes sociales y bases de datos), y la de ciberseguridad, que se usa frecuentemente en el ámbito de los delitos digitales, como las estafas *online* y el *phishing*. Todas estas herramientas nos permiten conocer y obtener información y análisis específicos sobre patrones delictivos concretos, lo cual mejora la prevención de comisión de delitos.

La Brigada Central de Investigación Tecnológica (BCIT), que es el órgano de la Dirección General de la Policía encargado de la investigación y persecución de los ciberdelitos en el ámbito nacional y trasnacional, tiene como finalidad principal la obtención de pruebas. Los medios que utiliza principalmente la policía son el uso de anzuelos o anclas mediante la navegación por internet, de tal forma que colocan archivos con conte-

nido atractivo e ilícito para los cibernautas, como pornografía infantil, o venta de drogas, que llevan indexado un archivo con la localización; tras su descarga, este permite rastrear la dirección IP del ordenador mediante la línea o cuenta de internet. Después de la localización del ciberdelincuente, con la preceptiva autorización judicial, la Brigada de Delitos Tecnológicos realiza la entrada y registro en la vivienda del usuario e incauta el ordenador, y todos los dispositivos utilizados donde se ubiquen los archivos con contenido delictivo.

Como ejemplo, destaca la operación internacional desarrollada para combatir la pornografía infantil en la *darknet*, en la cual se rastrearon los bitcoins y que condujo a la detención de 338 usuarios que accedían a la página web *Welcome To Video*,¹⁴ en la que existía más de un cuarto de millón de videos con pornografía infantil.

También se puede mencionar el caso Playpen, en el que se desmanteló una red de pedofilia en la *darknet* con la detención de más de 200 personas en todo el mundo por distribución y posesión de abundante material pornográfico infantil. La red fue calificada por el FBI como “el servicio de pornografía infantil oculto más grande del mundo”;¹⁵ se

disposición final 1.1 de la Ley Orgánica 10/22 de 6 de septiembre, que contempla las medidas cautelares que se pueden adoptar en el curso de una investigación. Cfr. Ley Orgánica 10/2022, España, 6 de septiembre de 2025.

¹⁴ Raúl Álvarez, “Así es como desmantelaron ‘Welcome to Video’, una de las webs de pornografía infantil más grandes del mundo en la Dark Web”, *Xataka* [en línea], 17 de octubre, 2019. <https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/asi-como-desmantelaron-welcome-to-video-webs-pornografia-infantil-grandes-mundo-dark-web>

¹⁵ La Sexta, “Detenidas 870 personas en una operación mundial contra la pornografía infantil”, en *La Sexta*, 5 de mayo, 2017. <https://>

creó en el año 2014 y cayó a finales de marzo del 2015.

En relación con el tráfico y la venta de drogas, el caso del portal Ruta de la Seda (*Silk Road*) fue un hito mundial y el primero de delincuencia realizada mediante la *darknet*; este se saldó en el año 2015 con una condena de cadena perpetua impuesta por la Corte Federal de Nueva York para su creador, Ross Ulbricht, por la venta de drogas, y productos ilícitos a través de éste, además de otros delitos como blanqueo de dinero e ilícitos informáticos. Su sentencia fue confirmada en 2017, por la desestimación del recurso de apelación.¹⁶

Finalmente, cabe reseñar la operación internacional Wall Street Market, que se realizó el año 2020 y en la que se detuvo a 179 personas, distribuidas en todo el mundo (Estados Unidos, Alemania, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Suecia), al mismo tiempo que se incautaron alrededor de 500 kilogramos de droga, 64 armas de fuego y 6.5 millones de dólares tanto en efectivo como en criptomonedas.

Con dicha operación la policía demostró la capacidad de clausurar algunos servicios y tiendas ilegales dentro de la *deep web*, y localizar a los que dirigen y trabajan en dichas actividades. En la operación se decomisaron varios millones en efectivo, criptomonedas y otros activos, y esta acabó con el cierre de

la página. Con más de un millón de usuarios, más de 5 000 proveedores y decenas de miles de artículos, el Wall Street Market era uno de los mayores mercados de productos ilegales, sobre todo, de venta de drogas.¹⁷

2.3 Uso de navegador de la *darknet*, direcciones IP

La *darknet* es la parte oscura de internet, además de oculta, como la *deep web*; utiliza navegadores como tor o i2p, que albergan un contenido no visible. La más conocida es tor, un explorador de internet, una red de anonimato que contiene su propia *darknet*. Las *darknet* se utilizan para delinquir preservando el anonimato.

Los navegadores que se usan para la *darknet* actualmente son: DuckDuckGo, cuyo motor de búsqueda es como Google; Torch, una combinación de Tor y motor de búsqueda, que es el más antiguo de la red Tor, y Ahmia, Haystak, Not Evil, Candle, Kilos, LibreY.

Hay que mencionar que en la *darknet* se utiliza normalmente el navegador gratuito tor, que elude los mecanismos de control de los ciberdelincuentes. El mecanismo empleado para proteger la información y los datos estriba en que usa nodos de salida y nodos intermedios. De esta forma, tor interpreta las url de la *darknet* compuestas por la combinación de 16 caracteres formados con letras y dígitos, los cuales comienzan por 2 y finalizan en 7, con terminación en *onion*.

www.lasexta.com/noticias/sociedad/detenidas-870-personas-operacion-mundial-pornografia-infantil_20170505590cd0c90cf22906e6b43143.html

¹⁶ Sandro Pozzi, “El fundador de Silk Road, condenado a cadena perpetua”, *El País*, 29 de mayo de 2015. <https://elpais.com/internacional/2015/05/29/actualidad/1432935074-571369.html>

¹⁷ Cáñamo, “Clausuran uno de los mayores mercados de la *deep web*”, *Cáñamo. La Revista de la cultura del cannabis*, 6 de junio de 2019. <https://canamo.net/noticias/mundo/clausuran-uno-de-los-mayores-mercados-de-la-deep-web>

En España no está prohibido legalmente el uso de la red TOR ni el acceso a la *darknet*; lo que se castiga es la comisión delictiva que se realiza a través de este medio. Actualmente, con las herramientas de visibilidad que existen, se consigue detectar a las personas que están accediendo a TOR, por lo que hay que extremar precauciones para acceder a ella, ante la existencia de la peligrosidad de una eventual implicación en hechos delictivos y de la actividad de los *hackers*. Lo más atractivo para los cibernautas es el anonimato y el hecho de que pueden acceder y operar sin ser detectados y con una serie de ventajas:

- Libertad: con TOR, la navegación por internet no tiene censura. Actualmente, los gobiernos, en defensa de la privacidad y de la protección de los ciudadanos, ocultan datos privados, con lo que limitan la consulta en internet.
- Vigilancia: desde una red local doméstica, se accede a toda la información y actividad que se realiza *online*; por el contrario, esto no sucede con la red TOR.
- Bloqueo de rastreadores: normalmente, cuando hacemos búsquedas de un producto o servicio por internet mediante exploradores tradicionales, posteriormente aparece publicidad relacionada con nuestra navegación. Si se utiliza tor, los rastreadores de publicidad no pueden monitorear la búsqueda y enviar información alguna de productos y servicios.
- Seguridad: la red TOR funciona transmitiendo varias veces, mediante los distintos dispositivos de red, el paquete de información recibido y reenviado, en el cual se añaden varias capas de seguridad. El navegador TOR, un buscador de tipo Firefox, ofrece mayor anonimato en la red para poder entrar en la *darknet* a

sitios web y contenidos mediante buscadores convencionales.

La conexión a través del navegador TOR se ejecuta mediante un gran número de nodos hasta llegar a la página web seleccionada; esto crea una red superpuesta a lo que sería la internet tradicional.

En definitiva, con la utilización de tor se obtienen muchas capas para ocultar la información que se intercambia (de ahí el nombre tor, *The Onion Router*), por lo que la privacidad se refuerza. Esto es distinto si se accede desde un ordenador a una página web tradicional, como sucede con Chrome, que va a revelar gran información y datos, como la dirección ip, la línea operadora, sistema operativo, el huso horario y mucha información importante para los efectos de identificación.

Cuando se utiliza TOR, la conexión se hace a través de un nodo que va a tener una ip distinta a la real, por lo que oculta la ubicación verdadera; así se navega anónimamente. Su uso es común en los países donde internet no es libre y tienen prohibido o restringido el acceso a determinados contenidos.

Hay que decir que el navegador TOR es legal, seguro y no supone ningún peligro para el equipo informático ni dispositivos tecnológicos, y se puede acceder a todo tipo de sitios web *onion*, incluso a los ilegales. Además, está disponible tanto para sistemas software como Windows, Linux o MacOS, como para dispositivos móviles Android. Es gratis, de código abierto y utilización sencilla; sólo se necesita descargar el programa de la página web de tor e instalarlo en el sistema elegido.

Tras ser conectado, comienza la navegación anónima a través de la red tor, que, como ya se explicó, oculta la dirección ip real y posibilita el acceso a sitios web *onion*, inaccesibles a través de buscadores como Google y de la url. Pero esas páginas web no son ile-

gales, puesto que lo realmente ilícito es una parte del contenido de la *deep web*: la *darknet*, donde existe material prohibido e ilegal, no exento de generar problemas desde el punto de vista penal.

2.4 Identidad virtual.

Derecho y protección

La identidad virtual es la representación digital de cualquier individuo, empresa o entidad *online*, y engloba la información personal, empresarial, los intereses, actividades, opiniones, de forma individualizada y singular, en el ámbito virtual; es decir, la manera en que se manifiesta y se visualiza el mundo exterior en el mundo digital. Esta imagen digital y proyección puede afectar la reputación y relaciones en línea, por lo que es de suma importancia el modo en que se hace, si bien hay que indicar que la reputación digital es distinta a la propia identidad digital.

Un ejemplo de reputación digital es la plataforma LinkedIn, la red social profesional más grande del mundo, que permite a cada usuario describir su identidad digital a través de su perfil, donde consta su formación académica y profesional; también, conectar con otros usuarios, compartir contenidos, experiencias, oportunidades, ideas de negocio y ofrecer “recomendaciones” en la red de contactos, con base en el prestigio del titular de la identidad virtual.

Desde la pandemia, el 68 % de la población mundial, que equivale a 5 500 millones de personas, tiene acceso a internet y al mundo digital, y prácticamente casi todos los usuarios poseen una identidad digital con perfiles en redes sociales, blogs, sitios web, canales *online* y cuentas de correo electrónico.

La identidad en el mundo físico comprende, en el ámbito personal, la información

relativa al nombre, edad, sexo, localidad, nacionalidad, estado civil, documento identificativo (Número de Identificación Fiscal o nif, Número de Identificación de Extranjero o nie, pasaporte), seguro social, datos biométricos, así como nivel académico, cultural, social, aficiones, deportes, ocupaciones, profesión, etcétera.

En el ámbito empresarial, la identidad está determinada por la razón o denominación social, marca comercial, forma social o tipo de empresa (sociedad limitada, sociedad anónima, sociedad laboral unipersonal, comunidad de bienes, etcétera); es decir, el documento identificativo de la empresa.

En la identidad digital normalmente se utilizan los mismos elementos de identificación que en el mundo físico, a los cuales se suman otros componentes, como correo electrónico, firma digital, nombre de usuario o contraseñas.

Para acreditar la identidad digital del titular real y garantizar la seguridad en los trámites telemáticos, se utilizan distintos mecanismos de identificación (que exigen credenciales del usuario), autentificación (verificación de las credenciales para acreditar que realmente se es quien se dice ser: PIN, SMS, reconocimiento facial, huella digital, firma electrónica) y autorización de las distintas acciones que pueden realizarse.

Existen sectores que exigen una mayor seguridad, como el privado bancario o la administración pública, salud, justicia, hacienda; estos implementan el uso de plataformas digitales para minimizar los riesgos de ataques en la red, sin perjuicio de que, paralelamente, se efectúen mecanismos de autocontrol de los propios usuarios internautas.

A la identidad digital, como deriva y está íntimamente relacionada con la propia identidad física, se le reconocen los derechos propios de esta, que son fundamentales y prote-

gidos a nivel internacional, como el derecho a la dignidad de la persona, al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Estos se regulan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 12) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8).

En el panorama español, los derechos mencionados se regulan en varios textos legales: en la Constitución Española (arts. 10, 18, 20.4 y 96), en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y en la Ley Orgánica 3/2018 de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, adaptada al Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, regula la protección civil y protege de la vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen cuando existan intromisiones ilegítimas y actos de injerencias no consentidas por el propio titular del derecho, ante lo cual incluso estipula la posibilidad de obtener un resarcimiento del daño en forma de indemnización. Por tanto, el Estado tiene la obligación de proteger a la persona contra esos ataques que se deriven de la actuación de un tercero, de los poderes públicos o de cualquier agente, con imposición de consecuencias jurídicas.

Se reseña, como caso mediático e ilustrativo, la sentencia del 13 de mayo de 2014, “Google Spain y derecho al olvido”, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que dirimió una disputa de Google Spain contra la Agencia Española de Protección de Datos sobre el derecho al olvido.¹⁸ En ella se impuso

al buscador Google la eliminación de datos personales de una persona física, que habían sido indexados en los servidores de su empresa y que afectaban a su reputación pública *online*.

La sentencia determina que la responsabilidad, en definitiva, es del prestador de servicios de la sociedad de información, Google, que, al utilizar y distribuir los datos e información personal, debe cumplir con la ley de protección de datos, eliminando la información que pudiera afectar el honor, dignidad y buen nombre del titular de dichos contenidos.

Los conceptos básicos referidos a los datos vienen regulados en el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/977/JHA y, en dicho sentido, se expresa el artículo 2, letras *b* y *d* de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de octubre de 1995, que regula el tratamiento de datos personales e incluye tanto los identificables como los de contenido sensible, cuando se pone a disposición de los cibernautas la información publicada almacenada para indexarla, en lo que tiene responsabilidad el gestor de la información guardada y obtenida mediante motores de búsqueda.

Sin embargo, con la evolución de la tecnología, el concepto de *datos* ha evolucionado, por lo cual entró en vigor en 2018 la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de abril de 2016, en la cual se definen como:

¹⁸ Cfr. Cecilia Álvarez, “Sentencia Google Spain y derecho al olvido”, *Actualidad Jurídica*

Uría Menéndez, pp. 110-118. <https://es.scribd.com/document/444020931/Sentencia-Google-Spain-y-Derecho-Al-Olvido-Uria-Menendez>

[...] toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable a toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, unos datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.¹⁹

El derecho al olvido (*right to be forgotten*) se recoge igualmente en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (rgpd) (*European General Data Protection Regulation, GDPR*), que se aplica tras su entrada en vigor el 25 de mayo de 2018.

La sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995, del 26 de septiembre de 1995, se pronuncia precisamente sobre el derecho al honor, reputación e identidad *online* de las personas jurídicas y dice literalmente:

Resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionada

do su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.²⁰

3. Medios analógicos

Los medios analógicos empleados para luchar contra los delitos realizados mediante internet no son más que el producto del compromiso y voluntad de los Estados y gobiernos a nivel internacional para, por un lado, poder perseguir y castigar los delitos cometidos mediante esta vía y, por otro lado, reforzar la seguridad global en internet.

Para ello se han creado equipos contra la ciberdelincuencia y los ciberataques informáticos con mecanismos de actuación ágiles y directos en caso de situación de urgencia, concretamente el CERT (*Computer Emergency Response Team*). En España se cuenta con el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO), INTECO-CERT, el Cuerpo Nacional para la Protección de las Infraestructuras Críticas (CNPIC) y el CCN-CERT,²¹ que es el equipo de respuesta a incidentes de seguridad de la información del Centro Criptológico Nacional (CCN),²² nacido a finales del año 2006, como el CERT gubernamental y nacional. Sus funciones se establecen en la Ley 11/2002 reguladora del Centro Nacio-

19 Cfr. Directiva (UE) 2016/680, Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27 de abril de 2016, art. 3. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00089-00131.pdf>

20 Cfr. Sentencia recaída al Recurso de Amparo 83/1994, Sala Primera del Tribunal Constitucional, ponente: presidente Álvaro Rodríguez, 14 de octubre de 1995. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1995-22479

21 Cfr. CN-CERT, Centro Criptológico Nacional [en línea]. www.ccn-cert.cni.es

22 Cfr. *Idem*.

nal de Inteligencia (CNI); en el Real Decreto 421/2004 de regulación del CCN, y en el Real Decreto 3/2010, del 8 de enero, regulador del Esquema Nacional de Seguridad.

El CCN-CERT actúa en los ciberataques que se realicen sobre sistemas clasificados y de la administración y de empresas pertenecientes a ámbitos considerados estratégicos, que merecen un máximo de seguridad. De esta forma, el equipo CCN-CERT se presenta como el paradigma para favorecer y reforzar la ciberseguridad española, concretamente en las administraciones públicas y empresas estratégicas, al ser el centro de alerta y respuesta nacional ante toda forma de ataque o amenaza en el ciberespacio. Para ello dispone de mecanismos, herramientas y servicios como:

1. Soporte y coordinación para el tratamiento de vulnerabilidades y resolución de incidentes.
2. Investigación y divulgación de mejores prácticas (Guías CCN-STIC).
3. Formación al personal de la administración especialista en ciberseguridad.
4. Información sobre vulnerabilidades, alertas y avisos de nuevas amenazas sobre los sistemas de información.

Los CERT (*Computer Emergency Response Team*) o CSIRT (*Computer Security and Incident Response Team*) son fundamentales para proteger la seguridad nacional y mundial y están destinados a garantizar que la gestión de sistemas de información se realiza de forma adecuada para resistir los ataques en sistemas interconectados, limitar el daño y asegurar la continuidad de los servicios críticos a pesar de ataques exitosos, accidentes o fallos, por lo que su finalidad es proteger, detectar y responder. El primer CERT nació en 1988 para combatir “el gusano Morris”, que afectó a un 10 % de los sistemas de internet.

Existe una pluralidad de CSIRT en distintos ámbitos de competencia: académico, comercial, interno, información y comunicaciones, pequeña y mediana empresa (pyme), de soporte, infraestructuras críticas, militar, gubernamental, nacional. En España, el CERT gubernamental, CCN-CERT, apareció en 2004 por Real Decreto 421/2004,²³ junto con la creación del Centro Criptológico Nacional, dependiente del Centro Nacional de Inteligencia.

En octubre de 2012, el Ministerio del Interior y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo firmaron un convenio de colaboración para combatir la ciberdelincuencia y el ciberterrorismo y, al mismo tiempo, reforzar el CNPIC, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y el INTECO.

Actualmente, aunque existen convenios y compromisos en dicho sentido, no se ha alcanzado la armonización legislativa internacional, puesto que ello requiere una actuación conjunta entre países, en lugar de aislada por cada nación en concreto.

En el Convenio sobre Cibercriminalidad de 2001 se hizo patente la necesidad de que los gobiernos nacionales e internacionales trabajen en conjunto para firmar acuerdos internacionales, con el fin de garantizar la efectividad e intervención de los cuerpos y fuerzas de seguridad de los Estados en su objetivo de mantener la seguridad de los ciudadanos y de las entidades públicas y privadas, y de sancionar y perseguir la ciberdelincuencia sin limitación fronteriza y en un marco normativo común.

²³ Cfr. CCN-CERT, “El Papel de un CERT gubernamental”, *Perspectiva de las AA.PP.*, núm. 14, septiembre de 2007, pp. 50-52.

El ciberespacio es un medio que, por sus propias características, es fácil de atacar para los ciberdelincuentes, de tal suerte que las propias comunicaciones y el uso de los sistemas tecnológicos se vuelven inseguros y peligrosos, por lo que deben adoptarse unas mínimas precauciones y medidas de seguridad para protegerse de las prácticas de dicha criminalidad del ciberespacio.

Por ello, como sostienen los profesores José Antonio Gómez Hernández y María Concepción Rayón Ballesteros, fue necesario crear una política penal común, que sirviera como modelo a todos los países que se adhirieran o ratificaran el Convenio, de forma que cada uno, con posterioridad, desarrollase una legislación propia, de carácter nacional, pero “manteniendo una política de cooperación internacional”.²⁴

Es digno de destacar que, a fin de otorgar seguridad y amparo en los sistemas de red, existen muchas y diversas soluciones para combatir la ciberdelincuencia, tanto domésticas como a nivel empresarial o institucional.

Los sistemas de seguridad perimetral tienen como finalidad proteger la accesibilidad, la integridad, el contenido, la propia seguridad en la transmisión y la confidencialidad de los sistemas de información y las infraestructuras lógicas de una red, a través de los medios que se detallan a continuación:

1. Sistemas *antimalware*: comúnmente denominados *antivirus*, son un tipo de software que detecta y elimina todo tipo de programas maliciosos registrados que pueden infectar y afectar el sistema informático e, incluso, las distintas amenazas no registradas, como los virus, los troyanos, *spyware*, *rasomware*, entre otras.
 2. Sistemas de control de acceso: se basan en una tecnología de ingreso de personas o recursos digitales que utilizan distintos protocolos de seguridad con base en elementos de identificación concretos, para impedir o facilitar su entrada, como huellas dactilares, PIN, tarjetas, reconocimiento facial, etc.
 3. Sistemas *firewall*: es el llamado coloquialmente *cortafuegos*. Es la primera barrera lógica de entrada y salida de una red con internet. Controla la seguridad del tráfico de red frente a amenazas externas y accesos no autorizados, monitorizando el tráfico y determinando el permitido, para bloquear, con base en medidas de seguridad definidas, los paquetes de datos que se ponderen necesarios.
- a. LAN: *Local Area Network* (Zona de Área Local). Es una red ubicada en una pequeña zona geográfica; conecta un router con dispositivos cercanos o internos y con servidores para compartir y transmitir datos e información.
 - b. WAN: *Wide Area Network* (Red de Área Extensa). Red que conecta redes locales (LAN) a mayor distancia, por cable, o de manera inalámbrica o remota.
 - c. DMZ: *Demilitarized Zone* (zona desmilitarizada). Permite separar los servidores de acceso público que están expuestos (emails, páginas web) del resto, por lo que se protegen las redes internas (LAN) y se controla e impide el acceso a estas.

²⁴ Cfr. José Antonio Gómez Hernández y María Concepción Rayón Ballesteros, “Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 47, marzo, 2014, p. 212. <https://publicaciones.rcumariacristina.net/AJEE/article/view/189>

- d. Sistemas *antispam*: el filtrado *antispam* es un sistema de identificación y bloqueo de contenido indeseado y se aplica en todo tipo de comunicación e información en la que usuarios de un listado reciben, de forma masiva, mensajes, correos electrónicos o SMS sin haberlo solicitado; las comunicaciones se remiten mediante *spammers* (con robo de datos, virus informáticos...), con una finalidad publicitaria y pueden servir para llevar a cabo una suplantación de identidad o envío de *malware*.
- e. Sistemas IDS (*Intrusion Detection System*) (sistemas de detección de intrusiones). Son programas y herramientas de seguridad de detección de acceso no permitido a un dispositivo digital o red, que alerta de las actividades maliciosas o infracciones de políticas de seguridad, respondiendo a las amenazas sin afectar al tráfico de datos, al trabajar con una captura y copia del tráfico intruso.
- f. Sistemas IPS: Sistemas de Prevención de Intrusiones (*Intrusion Prevention System*). Se distinguen de los sistemas IDS al supervisar el tráfico de red en busca de amenazas potenciales y bloquearlas directamente con alertas al propio dispositivo, por lo que no permiten la entrada del tráfico intruso o malicioso en la red.
- g. Sistemas proxy: es la puerta de enlace o acceso entre el usuario e internet, de manera que se facilitan los datos de IP al servidor proxy, que es como un ordenador en la red que ofrece protección mediante filtros web y *firewalls*, contra posibles amenazas.
- h. Sistemas balanceadores de carga: con ellos se distribuye el flujo y tráfico de red entre una gran cantidad de servidores de internet que están en conexión entre sí, lo que favorece el óptimo tráfico en momentos de alta afluencia.
- i. Equipos UTM (*Unified Threat Management* o gestión unificada de amenazas): los múltiples servicios de seguridad y protección mediante *antispam*, antivirus, filtrados de emails, etcétera, se ofrecen en un solo dispositivo.
- j. Sistemas contra ataques DDoS (*Distributed Denial of Service* o ataques de denegación de servicio distribuido): se colapsa y ataca un servidor de internet para evitar y bloquear el acceso de los internautas a los servicios y sitios *online*.

La tecnología que se utiliza puede ser de los siguientes tipos:

- *Host-Based*: el análisis del tráfico y la búsqueda de actividad maliciosa se realiza sobre un solo *host*, dispositivo individual o servidor de red.
- *Network-Based*: se realiza sobre una determinada parte de la red, automatiza procesos a gran escala y procesa el tráfico de dicho segmento.
- *Knowledge-Based*: se utiliza el conocimiento almacenado en bases de datos compartidas.
- *Behavior-Based*: estudia el tráfico mediante la observación en los patrones de comportamiento habituales en cada tipo de comunicación, detectando las similitudes o diferencias.

4. Instrumentos de cooperación internacional

El 24 de diciembre de 2024, la Asamblea General de las Naciones Unidas (onu) aprobó el primer tratado internacional sobre crimen, la Convención de las Naciones Unidas contra la Ciberdelincuencia, que fue propuesta en 2019.

En materia de cooperación internacional, hay un firme propósito y voluntad para trabajar en la lucha contra la ciberdelincuencia. En concreto, tras su adhesión el 14 de mayo de 2008, España participa y forma parte del Centro de Excelencia de Ciberdefensa Cooperativa (*Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, CCDCOE*), que la OTAN instauró en Tallín, Estonia.

El CCDCOE es una organización internacional que recoge la capacidad de ciberdefensa de la OTAN, y pretende unir los esfuerzos de los países participantes, con la posibilidad de firmar convenios con organizaciones e instituciones públicas y privadas externas, como universidades, empresas, centros, etcétera.

En el ámbito de la Unión Europea (UE), el 11 de enero de 2013 entró en funcionamiento el Centro Europeo de Cibercrimen (EC3), dependiente de la Europol, ubicado en La Haya, Países Bajos. Su objetivo es coordinar las actividades policiales transfronterizas contra la ciberdelincuencia y proteger a las empresas y a los ciudadanos europeos de la ciberdelincuencia y del ciberterrorismo, al mismo tiempo que defender la existencia de una internet libre, abierta y segura, mediante la prevención de la criminalidad en la red.

Está diseñado para aportar soporte a todos los países de la UE e intercambiar sus conocimientos, operando como centro de fusión de la información y de apoyo operativo, forense y de investigación; también, para movilizar todos los recursos en los Estados miembros de la UE y, de esta manera, minimizar la amenaza de los delincuentes con independencia del lugar de comisión delictiva.²⁵

La actividad del Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3) se centra en las actividades ilegales en línea de las bandas de delincuencia organizada, especialmente en los ataques dirigidos contra las operaciones bancarias y actividades financieras; en la explotación sexual infantil *online*, y en los delitos que afectan las estructuras críticas y los sistemas de información de la UE.²⁶

Como señala el profesor Leyre Hernández Díaz:

[...] la difusión de ordenadores en el mundo empresarial supuso que la gran parte de la delincuencia informática tuviese relación con la delincuencia económica [...]. Hasta el punto de que estas nuevas modalidades de delincuencia económica integraban el concepto de delito informático; o, al menos, [...] las principales manifestaciones del mismo.²⁷

Por ello, el EC3 prioriza la persecución, los delitos de defraudación económica, los ataques informáticos a empresas o infraestructuras críticas y los relativos a la explotación sexual infantil.

Para dicho propósito se recopila una gran cantidad y variedad de información de origen diverso, del ámbito público y privado, que determina una base de datos policiales para intercambiar con los países miembros en el marco de la cooperación internacional. Es así como la ue, en materia de ciberdefensa,

²⁵ Cfr. Comisión Europea, “El Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3) se inaugura el 11 de enero”, *Comisión Europea* [en línea], 9 de

enero de 2013. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_13_13

²⁶ Cfr. *Idem*.

²⁷ Leyre Hernández Díaz, “El delito informático”, *Eguzkilore*, núm. 23, diciembre de 2009, p. 229.

el 12 de diciembre de 2006,²⁸ creó un Programa Europeo para la Protección de las Infraestructuras Críticas (pepic) y posteriormente adoptó una propuesta de Directiva de identificación de estructuras críticas europeas para reforzar y optimizar la protección de éstas.

Dicho programa²⁹ diseña un plan de acción y medidas estratégicas de protección de las infraestructuras críticas de la Unión Europea, que se articula sobre la base de una red de alerta de nombre *Critical Infrastructure Warning Information Network*, CIWIN; también, de la creación de un grupo de expertos de protección, la ayuda a los Estados y planes de intervención, planes estratégicos, medidas financieras y programas de prevención, entre ellos, uno específico de prevención, preparación y gestión de las consecuencias del terrorismo y de otros riesgos en materia de seguridad, así como mejora legal de la protección de los sistemas de información, que conduce a la implementación del marco legislativo de los países de la Unión Europea.

En el marco normativo europeo se cuenta con la Directiva 2002/58/CE, del 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas;³⁰

esta autoriza a los Estados miembros a que regulen por ley la obligación, a cargo de los prestadores de servicios, de conservar los datos electrónicos de tráfico de sus clientes, por razones de seguridad nacional, defensa, seguridad pública y lucha contra la criminalidad, durante un tiempo limitado y determinado libremente por cada Estado miembro.³¹

Después se aprobó el Reglamento de 2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, en virtud del cual se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y la Información para:

[...] garantizar un nivel efectivo y elevado de seguridad de la red y de la información en la Comunidad y con el fin de desarrollar una cultura de la seguridad de las redes de información en beneficio de los ciudadanos, los consumidores, las empresas y las organizaciones del sector público de la Unión Europea, lo que contribuirá al correcto funcionamiento del Mercado Interior.³²

28 Cfr. Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie C, núm. 126, 7 de junio de 2007. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:126:FULL&from=FR>

29 Cfr. Comisión Europea, Programa Europeo para la Protección de Infraestructuras Críticas, 7 de junio de 2007. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legissum:l33260>

30 Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la

intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 12 de julio de 2002. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-81371>

31 Cfr. Norberto Javier de la Mata Barranco, “Ilícitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal”, en José Luis de la Cuesta Arzamendi (dir.), *Derecho Penal Informático*, Madrid: Civitas, 2010, pp. 15-30.

32 Reglamento (CE) 460/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 77, capítulo 1, art. 1.1, 13 de marzo de 2004. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-80487>

También cabe resaltar la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005,³³ relativa a los ataques contra los sistemas de información, para combatir la delincuencia informática y fomentar y desarrollar la seguridad de la información, reforzando la cooperación entre las autoridades judiciales, policiales y otras con competencia para la lucha contra la delincuencia informática, que se manifiesta en ataques informáticos.³⁴

Por otra parte, está la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE,³⁵ que se centra en el uso de las comunicaciones digitales y las medidas por adoptar para la prevención, investigación, persecución e imputación, con mayor énfasis en el ámbito de la delincuencia organizada.

Por su parte, España, como país miembro de la Unión Europea y con una situación geográfica ventajosa para luchar y combatir esta ciberdelincuencia, creó la Estrategia de

Seguridad Nacional española en 2011, revisada posteriormente en 2013,³⁶ cuyos principios y directrices fundamentales son: la unidad de acción, anticipación y prevención, eficiencia y sostenibilidad en el uso de los recursos, y resiliencia o capacidad de resistencia y recuperación.

La Estrategia de Ciberseguridad española de 2013 diseña ocho líneas de acción llevadas a cabo por el Consejo de Seguridad Nacional 2013, entre las que destaca: aumentar la prevención, detección, investigación y respuesta ante las ciberamenazas; garantizar y fortalecer la seguridad de los sistemas de información, redes e infraestructuras críticas; potenciar las capacidades para investigar y perseguir las actividades terroristas, e intensificar la colaboración internacional.

Los ámbitos de actuación son: defensa nacional, lucha contra el terrorismo, ciberseguridad, lucha contra el crimen organizado, seguridad económica y financiera, seguridad energética, no proliferación de armas de destrucción masiva, ordenación de flujos migratorios, contrainteligencia y protección ante emergencias y catástrofes.³⁷

En concreto, para combatir la lucha contra el terrorismo, establece diferentes líneas de acción: prevención, protección, persecución y resiliencia.

33 Decisión Marco 2005/222/JAI, Consejo de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 24 de febrero de 2005. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2005-80503>

34 Cfr. Cristos Velasco San Martín, *La jurisdicción y competencia sobre delitos cometidos a través de sistemas de cómputo e Internet*, Valencia: Tirant lo Blanc (Monografías, 807), 2012.

35 Directiva 2006/24/CE, Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 105, 15 de marzo de 2006. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2006-80647>

36 Departamento de Seguridad Nacional, *Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido*, Madrid: Gobierno de España, mayo, 2013. https://www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf

37 Cfr. *Idem*.

4.1 Asistencia judicial

El desarrollo de la tecnología informática, la aparición de nuevas tecnologías y su constante evolución han originado un medio nuevo de actuación, un gran cambio en la sociedad y una nueva forma de delincuencia, la ciberdelincuencia, desarrollada en el seno de la sociedad de la información y la telecomunicación; en consecuencia, a través de la tecnología se permite y posibilita cometer delitos tradicionales de forma no tradicional, desde cualquier parte del mundo y en cualquier momento.³⁸

Sieber destacó que, desde mediados del siglo XX, surgieron tres etapas importantes que marcaron la evolución de la sociedad industrial a la sociedad de la información, lo que generó la aparición de la revolución informática, la sociedad de riesgos y, por último, una sociedad global/internacional que adquiere mayor protagonismo ante las sociedades nacionales.³⁹

De esta forma, el desarrollo de la sociedad industrial hacia la sociedad de la información, en la que la tecnología facilita la creación, uso e intercambio de la información, es un proceso en evolución constante y dinámico y que afecta a toda la sociedad en general, la cual en la segunda etapa, se puede calificar concretamente como “una sociedad en la que los ciudadanos sean capaces de ha-

cer uso de diversos servicios de telecomunicaciones avanzados para mejorar los distintos aspectos de su vida cotidiana”.⁴⁰

El *Diccionario* de la Real Academia Española dice que la información es, entre otras acepciones: “comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”.⁴¹

El concepto de sociedad de la información surgió en Japón en los años setenta, con la obra de Yoneji Masuda titulada: *Una introducción a la sociedad de la información en 1984*.

La información, en el mundo actual, tiene un papel fundamental en las relaciones personales, sociales, económicas, políticas y culturales, toda vez que, con el desarrollo de las tecnologías, el mundo y la sociedad están completamente digitalizados; por ello, cobra especial protagonismo, a pesar de que, como contrapartida, puede suponer un peligro individual y colectivo, lo que ha motivado y acelerado los procesos de protección frente a las nuevas formas de delincuencia que se valen de la información y la comunicación para perpetrar los distintos delitos que, como medio comisivo, usan la tecnología y la red.

Las organizaciones criminales internacionales, europeas y nacionales, haciendo

38 Cfr. Benjamín Blanco Blanco, “Revista núm. 151. El crimen organizado y las nuevas tecnologías”, *El Fisco*, s. f. <http://elfisco.com/articulos/revista-no-151-el-crimen-organizado-y-las-nuevas-tecnologias>

39 Cfr. Enrique Rovira del Canto, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Granada: Comares, 2002.

40 Cfr. Miguel López Coronado, Evaristo Abril Domingo y Rafael Mompó Gómez, “La necesidad de indicadores sociales y económicos para el estudio de la evolución de la sociedad de localización”, *Revista de Investigación Económica y Social de Castilla y León*, núm. 1, 1999, pp. 73-86. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1219319>

41 Real Academia Española, “Información”, en *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/informaci%C3%B3n>

uso de la información obtenida de la sociedad y de las nuevas tecnologías, actúan, en muchas ocasiones, con total impunidad, centrando su principal actividad en la comercialización de información financiera *online*, que reporta grandes beneficios económicos ilícitos, y en la perpetración de delitos informáticos, como estafas, fraudes informáticos, violación del derecho a la intimidad, acoso, extorsiones, pornografía infantil, tráfico de drogas, entre otros.

Como afirma José López Yépes, la Unión Europea ha sido de los principales promotores de la sociedad de la información desde los años 90, incluso adoptó un plan de actuación denominado “Europa en marcha hacia la Sociedad de la Información”, que contenía el informe Bangemann de 1994. En 1996 se elaboró otro documento llamado “Europa a la vanguardia de la Sociedad de la Información. Plan de actuación móvil”.⁴²

Como dice Javier Fernández Teruelo:

[...] el derecho penal y el derecho procesal penal clásicos fueron construidos sobre la base de un modelo de criminalidad física, marginal e individual. No obstante, Internet ha supuesto una revolución tecnológica, pero al mismo tiempo, un problema para la represión de los delitos, puesto que existe una especial dificultad para la detección y persecución de los delitos informáticos, entre otros motivos, por el anonimato, la insuficiente conciencia de los usuarios para

mantener unas medidas preventivas de seguridad, o incluso el carácter transnacional de determinadas conductas delictivas.⁴³

En el marco de la Unión Europea, tenemos un informe de la Europol, “Internet Organised Crime Threat Assessment” (ioCTA), que pretende adoptar mejores decisiones y establecer prioridades en el ámbito de la lucha contra los delitos informáticos, la explotación sexual infantil a través de internet, los fraudes de pagos en la red y otros tipos de delitos.⁴⁴

La lucha y persecución de la delincuencia informática se lleva a cabo en el espacio común de libertad, seguridad y justicia, y concretamente en el de justicia, con instrumentos cuyo objetivo es asegurar el establecimiento de una cooperación judicial penal.

Europol es el órgano que trabaja conjuntamente con los Estados miembros, instituciones, organismos y entidades para la lucha contra la delincuencia internacional.

La Comisión Europea, desde hace muchos años y actualmente, trabaja con gran esfuerzo, ante la proliferación de la ciberdelincuencia, para reprimirla y proteger a Europa; esta apunta que:

Una respuesta eficaz ante los incidentes y crisis de ciberseguridad a gran escala a nivel de la UE requiere una cooperación rápida

42 José López Yépes, “La política de la Sociedad de la Información en España”, *Documentación de las Ciencias de la Información*, núm. 24, octubre, 2001, pp. 14-15. <https://revistas.ucm.es/index.php/DCIN/article/download/DCIN-No10110011A/19491/20434>

43 Javier Gustavo Fernández Teruelo, *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid: Lex Nova, 2011.

44 Cfr. European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol), *Europol Review. General Report on Europol Activities 2015*, La Haya: European Police Office, 2016.

y eficaz entre todas las partes interesadas pertinentes y se basa en la preparación y en las capacidades de cada uno de los Estados miembros, así como en una acción común coordinada apoyada en las capacidades de la Unión.⁴⁵

En España, el ordenamiento jurídico en materia de ciberdelincuencia, el artículo 276 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que: “Las peticiones de cooperación internacional se tramitarán de conformidad con lo previsto en los tratados internacionales, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas que resulten de aplicación”,⁴⁶ por lo que hay una remisión directa a los convenios internacionales de los que España es integrante y que, a nivel europeo, son:

- Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, aprobado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959.⁴⁷

45 Recomendación (UE), 2017/1584, Comisión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 13 de septiembre de 2017, párr. 5. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H1584>

46 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157, 2 de julio de 1985 (última reforma publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 17 de febrero de 2025), art. 276. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

47 Ratificado por España el 14 de julio de 1982. Cfr. Instrumento de Ratificación de 14 de julio de 1982 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 223, 17 de septiembre de 1982. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-23564>

- Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 junio de 1990.⁴⁸
- Convenio Europeo relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión, aprobado en Bruselas el 29 de mayo de 2001.⁴⁹

Al amparo del artículo 277 de la LOPJ, más allá del ámbito europeo, tendremos que aplicar los convenios existentes o el reconocimiento legislativo y judicial entre países por reciprocidad.

48 Ratificado por España el 5 de abril de 1994. Cfr. Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 81, de 5 de abril de 1994. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-7586>

49 Ratificado por España el 28 de octubre de 2005. Cfr. Entrada en vigor del Convenio celebrado por el Consejo, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, cuya aplicación provisional fue publicada en el ‘Boletín Oficial del Estado’ número 247, de 15 de octubre de 2003, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 258, 28 de octubre de 2005. [https://www.boe.es/eli/es/res/2000/05/29/\(4\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2000/05/29/(4))

El artículo 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) —derivado del Tratado de Lisboa que se elaboró tras el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, según estableció el Tratado de Maastricht—⁵⁰ establece “[...] el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales” y “la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83”, esto es, en materia penal y procesal penal.⁵¹

El principio de reconocimiento mutuo en la cooperación judicial europea se abordó en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, en el Programa de la Haya de 2005 y en el de Estocolmo en 2010 y 2014.

En cualquier caso, hay que destacar que la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación (OEI) en materia penal, responde a la necesidad de solucionar los problemas de fragmentación y complejidad del marco existente para la obtención de pruebas de investigación penal establecidas por las Decisiones Marco 2003/577/JAI y 2008/978/JAI.

La Orden Europea de Investigación (OEI) diseña un régimen único en la investigación de los delitos telemáticos para la obtención de pruebas en los casos de aplicación internacional, simplificando y acelerando sus procesos.⁵²

En consecuencia, para dar cumplimiento y eficacia a la cooperación judicial penal, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, el Parlamento Europeo y el Consejo prevén la posibilidad de adoptar criterios normativos conforme al procedimiento legislativo ordinario, con observancia de los ordenamientos jurídicos internos de los propios Estados miembros, de manera que se refuerce la confianza mutua y recíproca en orden a establecer normas y criterios penales y procesales que faciliten, fomenten y unifiquen la cooperación judicial.

Con todo ello, la finalidad esencial es reprimir la delincuencia tradicional, como, por ejemplo, fraudes, estafas, falsificación, suplantación de identidad, la pornografía infantil, delitos contra sistemas informáticos, delitos de odio, tráfico de drogas, por medio de las tecnologías y redes de internet y sistemas de comunicación e información digitales.

50 El tratado de la Comunidad Europea se basó en el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. La creación de la Unión Europea por medio del Tratado de Maastricht, el 7 de febrero de 1992, supuso el paso a la unificación política de Europa. Cfr. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie C, núm. 202/01, 7 de junio de 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legissum:4301854>

51 *Idem*, art. 82.1.

52 La OEI se ejecutará en cada Estado miembro sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y se regirá por el derecho del estado de ejecución. Cfr. Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, núm. 130/1, 1 de mayo de 2015. <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/41/oj>

El problema de estos delitos estriba en que su comisión despliega sus efectos de forma trasnacional, lo que genera graves problemas en la instrucción de la causa, investigación, obtención de pruebas, recopilación e incriminación posterior y, como refiere la Oficina contra la Drogas y el Delito de Naciones Unidas (UNODC), “la mayoría de los datos probatorios son intangibles y transitorios”.⁵³ En relación con los delitos informáticos, además, sostiene que estos son conductas proscritas:

[...] por la legislación y/o la jurisprudencia, que implican la utilización de las tecnologías digitales en la comisión del delito; se dirige a las propias tecnologías de la computación y las comunicaciones; o incluye la utilización incidental de computadoras en la comisión de otros delitos.⁵⁴

En 2008 nace, en la Unión Europea, la Estrategia de Ciberseguridad, con especial protección de los derechos fundamentales, la libertad de expresión, los datos personales y la intimidad.

Y, con posterioridad, se aprobó y publicó la Directiva 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión.⁵⁵

El art. 1 de la Directiva 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016, señala las siguientes medidas:

- a. establece obligaciones para todos los Estados miembros de adoptar una estrategia nacional de seguridad de las redes y sistemas de información;
- b. crea un Grupo de cooperación para apoyar y facilitar la cooperación estratégica y el intercambio de información entre los Estados miembros y desarrollar la confianza y seguridad entre ellos;
- c. crea una red de equipos de respuesta a incidentes de seguridad informática, llamado csirt (*Computer Security Incident Response Teams*) con el fin de contribuir al desarrollo de la confianza y seguridad entre los Estados miembros y promover una cooperación operativa rápida y eficaz;
- d. establece requisitos en materia de seguridad y notificación para los operadores de servicios esenciales y para los proveedores de servicios digitales;
- e. establece obligaciones para que los Estados miembros designen autoridades nacionales competentes, puntos de contacto únicos y csirt con funciones relacionadas con la seguridad de las redes y sistemas de información.⁵⁶

La Comunicación de 2016 sobre “Reforzar el sistema de ciberresiliencia de Europa y promover una industria de la ciberseguri-

53 Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito (UNODC), *Delitos informáticos*, 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, hoja informativa 6, 18 a 25 abril de 2005, Bangkok, Tailandia, p. 2.

54 *Ibidem*, p. 1.

55 Cfr. Directiva (UE) 2016/1148, Parlamento

Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, núm. 194/1, 6 de julio de 2016. <https://www.boe.es/DOUE/2016/194/L00001-00030.pdf>

56 *Ibidem*, párr. 2.

dad competitiva e innovadora”⁵⁷ instó a los Estados miembros a aplicar la Directiva (UE) 2016/1148, en materia de seguridad de las redes y sistemas de información (Directiva SRI).

La finalidad no es otra que reforzar la cooperación transfronteriza para combatir la comisión reincidente de gran expansión. Asimismo, estableció que se obtendrían mejores resultados si se creaba un enfoque coordinado de la cooperación ante las crisis entre los diferentes elementos del ecosistema cibernético, que se debería plasmar en un “plan director” de la Comisión Europea.⁵⁸

En las Conclusiones del Consejo Europeo del 22 y 23 de junio de 2017, se reconoció que la Unión Europea “ha dedicado su atención al fortalecimiento de Europa y a la protección de los ciudadanos mediante medidas eficaces destinadas a luchar contra el terrorismo y a desarrollar su seguridad y defensa comunes [...]”⁵⁹ Asimismo, en relación con el desarrollo de la Europa digital, en ese mismo Consejo Europeo se debatió y se establecieron planteamientos que se abordarían en la

cumbre digital celebrada en Tallin el 29 de septiembre de 2017. También el Consejo Europeo recalcó la necesidad de trabajar en la ciberseguridad en Europa y remarcó el objetivo de la Comisión Europea de revisar la Estrategia de Ciberseguridad en septiembre de 2017 y de proponer y recabar más objetivos antes de la finalización del año.⁶⁰

Por tanto, los objetivos de la CE, en aras de implementar la estrategia general de la Unión Europea, son proponer y supervisar las leyes, así como su aplicación y las políticas de la UE; garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico de la UE y gestionar el presupuesto de la UE, además de velar por el desarrollo internacional y humanitario. Desde la Comisión Europea se adoptó la implantación de medidas de diferentes tipos,⁶¹ como las siguientes:

- Fortalecimiento de la Agencia de Seguridad de las Redes y de la Información de la Unión Europea en (ENISA).
- Creación de un mercado único de la seguridad en internet.
- Aplicación de la Directiva relativa a la seguridad de las redes y sistemas de información.
- Mecanismos de solución rápida de emergencia, con un plan director que contribuya a dar una respuesta directa en el ámbito de la Unión de los Estados

57 Cfr. Comisión Europea (CE), COM/2016/0410 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 5 de julio de 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0410>

58 Cfr. Recomendación (UE) 2017/1584, Comisión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie C, núm. 6100, 13 de septiembre de 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H1584>

59 Consejo Europeo, Conclusiones de la reunión del Consejo Europeo, Bruselas, 23 de junio de 2017, p. 1. <https://www.consilium.europa.eu/media/23969/22-23-euco-final-conclusions-es.pdf>

60 Cfr. *Idem*.

61 Cfr. Comisión Europea (CE), JOIN/2017/0450 Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo. Resiliencia, disuasión y defensa: fortalecer la Ciberseguridad de la UE, Bruselas, 13 de septiembre de 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52017JCO450>

miembros ante un riesgo cibernético o ataque.

- Creación de una red de competencia en ciberseguridad con un Centro Europeo de competencia e investigación.
- Creación de una base sólida de competencias cibernéticas de la Unión Europea, promoción de la ciberhigiene y ciberconcienciación.
- Fomento de la ciberhigiene y la ciberconcienciación en orden a prevenir la ciberdelincuencia, con participación de las instituciones públicas y privadas, empresas y de los ciudadanos.

La Comisión Europea, con la finalidad de proteger y asegurar la ciberseguridad, adopta distintas acciones:

- Detectar a los ciberdelincuentes respecto de los ciberataques.
- Reforzar el sistema policial entre países con un protocolo y sistema procesal que permita la obtención y custodia de pruebas digitales.
- Colaboración del ámbito público y privado en la lucha contra la ciberdelincuencia.
- Aumentar la respuesta política con la colaboración de la diplomacia para luchar contra la ciberdelincuencia.
- Mejorar la defensa de los Estados miembros como un mecanismo disuasorio ante un eventual ataque de ciberseguridad.
- Optimizar y desarrollar la cooperación internacional en el ámbito de la ciberseguridad.

Los Estados miembros y la Unión Europea, desde hace muchos años, han trabajado conjuntamente en la lucha contra la ciberdelincuencia de forma preventiva, para lo cual han adoptado medidas, propuestas, normas y acciones políticas para combatirla.

Entre las prerrogativas que tiene la Unión Europea para luchar contra la ciberdelincuencia podemos señalar las siguientes:

1. La persecución de delitos informáticos

Presenta grandes problemas y dificultades por el específico medio comisivo digitalizado, esto es, internet y la estructura y funcionamiento intrínsecos y dinámica de ésta, pues conecta a los internautas y a los ciberdelincuentes, que actúan bajo el anonimato de forma trasnacional, en un espacio intangible y en distintos lugares, con normativa legal propia y, en ocasiones, sin regulación alguna o con lagunas legales, a veces, de gran escala. En este sentido, como afirma el profesor Bueno Arús, la delincuencia informática:

[...] presenta dificultades especiales para su persecución en relación con la delincuencia tradicional, dada la rapidez de su comisión, que puede tener lugar a distancia, y atendida la complejidad de la fijación de la autoría, así como la facilidad para encubrir el hecho y borrar las pruebas que habrían permitido enjuiciarlo.⁶²

2. La especialización de las autoridades judiciales y policiales

Es fundamental contar con una adecuada capacitación específica de la policía y de los operadores jurídicos, jueces y tribunales de justicia, y dotarlos de los medios técnicos necesarios, de nuevos instrumentos de inves-

⁶² Bueno Arús citado en Enrique Rovira del Canto, *op. cit.*

tigación y de una normativa que regule los medios de prueba tecnológicos válidos en un proceso penal. Es necesario, para ello, reforzar e implementar la coordinación legislativa internacional. Como dice el profesor Juan Carlos Ortiz Pradillo:

La armonización normativa internacional sobre la ilicitud de los hechos delictivos, así como una mayor cooperación entre las distintas autoridades de los Estados miembros para la puesta a disposición y traslado de pruebas son propuestas a llevar a cabo para combatir el fenómeno de la ciberdelincuencia.⁶³

Por tanto, la cooperación europea e internacional entre cuerpos policiales de los Estados miembros, la creación de fiscalías especializadas, el desarrollo de instrumentos procesales, la mejora de procedimientos de investigación y práctica forense en orden a detectar interceptación de comunicaciones informáticas, datos de navegación o rastreo de contenidos delictivos, son necesarios y de vital importancia para la lucha contra el cibercrimen, ya que ayudan a establecer estrategias de trabajo conjunto y medidas para combatirlo, para lo cual se capacita a los distintos operadores jurídicos y a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad y policiales nacionales e internacionales.

Cada vez es mayor la perfección en la ejecución del acto delictivo por parte de los ciberdelincuentes, que incluso actúan como auténticos profesionales y mercenarios de prestación de servicios y compraventa de pro-

ductos en un mercado clandestino diverso, donde se puede obtener un amplio abanico de productos y servicios, desde drogas, hasta armas, asesinos a sueldo, pornografía infantil, terrorismo, fraudes, blanqueo de dinero, estafas, entre otros, que se llevan a cabo en el ámbito de internet y, más concretamente, de la *darknet*.

Finalmente, cabe señalar que el instrumento internacional por autonomía en la lucha contra la ciberdelincuencia en general, y los delitos en la *darknet*, no es otro que el Convenio de Budapest de 23 de noviembre de 2001,⁶⁴ ratificado por España el 17 de septiembre de 2010.

4.2 Reconocimiento mutuo

La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, establece en su artículo 2.1 que el principio de reconocimiento mutuo se entiende como “aquella orden europea o resolución emitida por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión europea que se transmite a otro Estado miembro para su reconocimiento, y ejecución en el

63 Cfr. Juan Carlos Ortiz Pradillo, *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Madrid: Colex, 2013.

64 Cfr. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 226, 17 de septiembre de 2010. <https://www.boe.es/boe/dias/2010/09/17/pdfs/BOE-S-2010-226.pdf>

mismo”.⁶⁵ Además, en su art. 2.2, define los instrumentos de reconocimiento mutuo:

- a. La orden europea de detención y entrega.
- b. La resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad.
- c. La resolución de libertad vigilada.
- d. La resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional.
- e. La orden europea de protección.
- f. La resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas.
- g. La resolución de decomiso.
- h. La resolución por la que se imponen sanciones pecuniarias.
- i. La orden europea de investigación.⁶⁶

El principio de reconocimiento mutuo y la aproximación de legislaciones en materia penal y procesal penal se regula también en el artículo 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Cabe resaltar que, como sostiene Mar Jimeno Bulnes, estos principios no fueron nuevos del Tratado de Lisboa, puesto que se habían previsto con an-

terioridad en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, en el Programa de la Haya de 2005 y en el Programa de Estocolmo en los años 2010 y 2014.⁶⁷

Para poder cumplir con la finalidad de la cooperación penal, sobre la base del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, a nivel europeo, tanto el Parlamento como el Consejo Europeo tienen competencia para elaborar normas con criterios penales y procesales comunes, para lo cual es necesaria la confianza recíproca entre los Estados miembros, como apunta María Ángeles Pérez Marín.⁶⁸

El principio de reconocimiento mutuo se formuló en el Consejo Europeo de Tampere y se convirtió en la base fundamental de la cooperación judicial penal y también civil en la Unión Europea; funciona como paradigma de cooperación, puesto que cualquier resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro, con aplicación de dicho principio, debe ser reconocida, respetada y ejecutada en otro Estado miembro, excepto en aquellos casos en que concurran motivos o causas de denegación justificada que amparen dicha excepción.

65 Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 282, 21 de noviembre de 2014 (última reforma publicada en el Boletín Oficial del Estado el 3 de enero de 2025), art. 2.1. <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/20/23/con>

66 Véase Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 142, 12 de junio de 2018. <https://www.boe.es/eli/es/l/2018/06/11/3>, solo en lo referido a “la orden europea de investigación”, artículo único 1.

67 Cfr. Mar Jimeno Bulnes, “Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal”, en Coral Arangüena Fanego (dir.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 30-70.

68 Cfr. María Ángeles Pérez Marín, *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea. El camino hacia una jurisdicción penal común*, Barcelona: Atelier, 2013.

La regulación, como hemos apuntado anteriormente, se encuentra en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea; la Ley 3/2018, de 11 de junio, que modifica a la anterior sólo en el art. 1 respecto a la “orden europea de investigación”, y la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la ley 23/2014 de 20 de noviembre, por la que se modifica la LOPJ.⁶⁹

69 Esta ley incorpora a nuestro ordenamiento jurídico:

- La Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.
- La Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.
- La Decisión Marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.
- La Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado;
- La Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación,

Como instrumento jurídico principal,

entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional;

- La Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.
- La Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la orden europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, incorporada inicialmente al Derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior.
- La Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, incorporada inicialmente al Derecho español a través de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la anterior, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- La Decisión Marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, transpuesta anteriormente en España mediante la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, complementaria de la anterior.
- La Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, transpues-

está la Orden Europea de Detención y Entrega y Protección, y el Título X relativo a la diligencia de exhorto europeo de obtención de pruebas, que ha sido derogado y sustituido por la Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la Orden Europea de Investigación (oei).

Hay que reseñar que la Orden Europea de Detención y Entrega (oede) y el resto de instrumentos de reconocimiento mutuo no han sido muy utilizados por las autoridades judiciales españolas.

4.3 Entrega y extradición

El marco normativo de entrega y orden de detención entre Estados miembros se encuentra en la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, que “es la primera concreción en el ámbito del Derecho penal del principio del reconocimiento mutuo que el Consejo Europeo ha calificado como ‘piedra angular’ de la cooperación judicial”;⁷⁰ también, está en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.⁷¹

ta anteriormente en nuestro país, a través de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso y la Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y complementaria de la anterior.

⁷⁰ Decisión Marco 2002/584/JAI, Consejo de la Unión Europea, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. 190, 13 de junio de 2002. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-81377>

⁷¹ Cfr. Ley 23/2014, *op. cit.*

Podemos decir que la extradición es la entrega de un investigado o culpable de un delito, de un Estado a otro para poder ser enjuiciado en el país que solicite la extradición o que cumpla la condena en el que lo solicita. Esta práctica es una clara y directa manifestación de la cooperación jurídica internacional y una herramienta útil en orden a la lucha contra la delincuencia trasnacional y la ciberdelincuencia.

En el ordenamiento jurídico español, nos encontramos con la regulación de la extradición en el artículo 13.3 de la Constitución Española (CE), que dice: “la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”.⁷²

Concretamente, en España, se contempla este procedimiento en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, que establece en su artículo 2 que:

[...] se podrá conceder la extradición por aquellos hechos para los que las Leyes españolas y las de la parte requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad por hechos también tipificados en la legislación española.⁷³

⁷² Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978. <https://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=13&tipo=2>

⁷³ Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 73, 26

El Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa de 23 de noviembre de 2001, en su artículo 24, define los principios generales relativos a la extradición en materia de ciberdelincuencia:

- a. El presente artículo se aplicará a la extradición entre las Partes por los delitos establecidos en los artículos 2 a 11 del presente Convenio, siempre que estén castigados en la legislación de las dos Partes implicadas con una pena privativa de libertad de una duración máxima de como mínimo un año, o con una pena más grave.
- b. Cuando deba aplicarse una pena mínima diferente en virtud de un acuerdo basado en legislación uniforme o recíproca o de un tratado de extradición aplicable entre dos o más Partes, incluido el Convenio Europeo de Extradición (STE n.º 24), se aplicará la pena mínima establecida en virtud de dicho acuerdo o tratado.⁷⁴

También establece, en el apartado 5 del referido artículo 24, que “la extradición estará sujeta a las condiciones establecidas en el derecho interno de la Parte requerida o en los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la extradición”.⁷⁵

Los distintos y numerosos tratados de extradición suscritos por España regulan los delitos en concreto por los que debe acordarse la extradición. La competencia jurisdiccional en España para el conocimiento de la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE) y para ventilar los procesos de extradiciones la tienen los Juzgados Centrales de Instrucción y el Ministerio de Justicia.

La tramitación procesal de la OEDE o extradición es homogénea en todos los delitos que puedan ser objeto de esta; no existen diferencias entre sí por la propia tipología delictiva. Como medida cautelar, en el curso de tramitación de la OEDE se puede adoptar la prisión provisional mientras se sustancia el procedimiento principal de entrega, con el propósito preservar el cumplimiento efectivo del expediente de entrega⁷⁶ y evitar posibles fugas y la frustración de la extradición.

La adopción de prisión preventiva como medida cautelar se sustancia por el mismo procedimiento que en un supuesto de investigación nacional donde se adopte dicha medida y se aplican las mismas reglas y condiciones. En un procedimiento de extradición pasiva, de igual forma y conforme a la ley de extradición, se puede acordar la prisión provisional si el Estado reclamante así lo solicita; esta prisión provisional deberá dejarse sin efecto si, a los 40 días de haberse acordado, el Estado reclamante no

de marzo de 1985. <https://www.boe.es/eli/es/l/1985/03/21/4>

⁷⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia, Consejo de Europa, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 226, 23 de noviembre de 2001, art. 24. [https://www.boe.es/eli/es/ai/2001/11/23/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2001/11/23/(1))

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ Al formalizar la Orden Europea de Detención y Entrega, en la práctica, en vez de acordarse Auto de Detención, que genera mayores problemas, se suele dictar Auto de Prisión del artículo 539 lecrim, estableciendo la celebración de la comparecencia prevista en el art. 505 LEcrim en las 48 horas siguientes a su detención.

ha presentado en forma la reclamación extradicional.⁷⁷

5. Referencias

- ÁLVAREZ, Cecilia, “Sentencia Google Spain y derecho al olvido”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, pp. 110-118. <https://es.scribd.com/document/444020931/Sentencia-Google-Spain-y-Derecho-Al-Olvido-Uria-Menendez>
- ÁLVAREZ, Raúl, “Así es como desmantelaron ‘Welcome to Video’, una de las webs de pornografía infantil más grandes del mundo en la Dark Web”, *Xataka* [en línea], 17 de octubre de 2019. <https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/asi-como-desmantelaron-welcome-to-video-webs-pornografia-infantil-grandes-mundo-dark-web>
- BLANCO BLANCO, Benjamín, “Revista núm. 151. El crimen organizado y las nuevas tecnologías”, *El Fisco*, s. f. <http://elfisco.com/articulos/revista-no-151-el-crimen-organizado-y-las-nuevas-tecnologias>
- CÁÑAMO, “Clausuran uno de los mayores mercados de la deep web”, *Cáñamo. La Revista de la cultura del cannabis*, 6 de junio de 2019. <https://canamo.net/noticias/mundo/clausuran-uno-de-los-mayores-mercados-de-la-deep-web>
- CCN-CERT, “El Papel de un cert gubernamental”, *Perspectiva de las aa.pp.*, núm. 14, septiembre de 2007, pp. 50-52
- CN-CERT, Centro Criptológico Nacional [en línea]. www.ccn-cert.cni.es
- Comisión Europea (CE), JOIN/2017/0450 Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo. Resiliencia, disuasión y defensa: fortalecer la Ciberseguridad de la UE, Bruselas, 13 de septiembre de 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX-52017JCo450>
- CE, COM/2016/0410 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 5 de julio de 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A-52016DCo410>
- CE, “El Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3) se inaugura el 11 de enero”, *Comisión Europea* [en línea], 9 de enero de 2013. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_13_13
- Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie C, núm. 197/01, 12 de julio de 2000.
- Decisión Marco 2002/584/JAI, Consejo de la Unión Europea, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. 190, 13 de junio de 2002. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-81377>
- Directiva (UE) 2016/1148, Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, núm. 194/1, 6 de julio de 2016. <https://www.boe.es/DOUE/2016/194/L0000100030.pdf>

77 Los tratados bilaterales suscritos por España contienen también normativa específica en relación con la prisión provisional, que regula y especifica cuestiones concretas como los plazos de presentación de documentación que puede variar dependiendo del tratado de aplicación preferente.

Directiva (UE) 2016/680, Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27 de abril de 2016. <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00089-00131.pdf>

Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie L, núm. 130/1, 1 de mayo de 2015. <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/41/oj>

Entrada en vigor del Convenio celebrado por el Consejo, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, cuya aplicación provisional fue publicada en el ‘Boletín Oficial del Estado’ número 247, de 15 de octubre de 2003, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 258, 28 de octubre de 2005. [https://www.boe.es/eli/es/res/2000/05/29/\(4\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2000/05/29/(4))

ESPINOSA SÁNCHEZ, Jesús Francisco, “Ciberdelincuencia. Aproximación criminológica de los delitos en la red”, *La Razón Histórica*, núm. 44, septiembre-diciembre, 2019, pp. 153-173.

European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol), *Europol Review. General Report on Europol Activities 2015*, La Haya:European Police Office, 2016.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid: Lex Nova, 2011.

GÓMEZ HERNÁNDEZ, José Antonio y María Concepción RAYÓN BALLESTEROS, “Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 47,

marzo, 2014. <https://publicaciones.rcumariacristina.net/AJEE/article/view/189>

HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, “El delito informático”, *Eguzkilore*, núm. 23, diciembre de 2009, pp. 227-243.

Informe explicativo del Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Comunidad Europea*, serie C, núm. 379/7, 29 de diciembre de 2000.

Instrumento de Ratificación de 14 de julio de 1982 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 223, 17 de septiembre de 1982. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-23564>

Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 81, de 5 de abril de 1994. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-7586>

Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 226, 17 de septiembre de 2010. <https://www.boe.es/boe/dias/2010/09/17/pdfs/BOE-S-2010-226.pdf>

La Sexta, “Detenidas 870 personas en una operación mundial contra la pornografía infantil”, en *La Sexta*, 5 de mayo, 2017. https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/detenidas-870-personas-operacion-mundial-pornografia-infantil_2017050559ocdoc9ocf22906e6b43143.html

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 282, 21 de noviembre de 2014 (última reforma publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 3 de enero de 2025). <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/20/23/con>

Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 142, 12 de junio de 2018. <https://www.boe.es/eli/es/l/2018/06/11/3>

Ley de Enjuiciamiento Criminal, *Gaceta de Madrid*, núm. 260, 17 de septiembre de 1882. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 77, España, 30 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3442>

Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157, 2 de julio de 1985 (última reforma publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el 17 de febrero de 2025). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

LÓPEZ CORONADO, Miguel Evaristo, Abril DOMINGO y Rafael MOMPÓ GÓMEZ, “La necesidad de indicadores sociales y económicos para el estudio de la evolución de la

sociedad de localización”, *Revista de Investigación Económica y Social de Castilla y León*, núm. 1, 1999, pp. 73-86. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1219319>

LÓPEZ YEPES, José, “La política de la Sociedad de la Información en España”, *Documentación de las Ciencias de la Información*, núm. 24, octubre, 2001, pp. 14-15. <https://revistas.ucm.es/index.php/DCIN/article/download/DCIN-No10110011A/19491/20434>

MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 37-38.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Delitos informáticos*, 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, hoja informativa 6, 18 a 25 abril de 2005, Bangkok, Tailandia.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos*. Nueva York: Naciones Unidas, 2004.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Problemas procesales de la ciberdelincuencia*, Madrid: Colex, 2013.

PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando y Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas*, Navarra: Thomson Reuters, 2015.

PÉREZ MARÍN, María Ángeles, *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea. El camino hacia una jurisdicción penal común*, Barcelona: Atelier, 2013.

QUEVEDO GONZÁLEZ, Josefina, *Investigación y prueba del ciberdelito* (tesis doctoral), Barcelona: Universidad de Barcelona, 2017.

Real Academia Española, “Información”, en *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/informaci%C3%B3n>

Recomendación (UE), 2017/1584, Comisión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 13 de septiembre de 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H1584>

Rovira del Canto, Enrique, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Granada: Comares, 2002.

Sentencia recaída al Recurso de Amparo 83/1994, Sala Primera del Tribunal Constitucional, ponente: presidente Álvaro Rodríguez, 14 de octubre de 1995. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1995-22479

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie C, núm. 202/01, 7 de junio de 2016. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=legissum:4301854>

Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie C, núm. 126, 7 de junio de 2007. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:126:FULL&from=FR>

URBANO CASTRILLO, Eduardo de, “Los delitos informáticos tras la reforma del cp de 2010”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre, 2011, pp. 163-176.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, *Delitos cometidos a través de Internet: cuestiones procesales*, Madrid: La Ley, 2011.

Revista Penal México 28

• enero • junio 2026 •

e-ISSN: 3061-7324

6

Mujeres, yihad y su controvertido regreso a Europa

Una perspectiva jurídica

*Women, Yihad and their Controversial Return
A Legal Perspective*

• **Carmen González Vaz** •

Doctora en Derecho penal, Universidad Complutense de Madrid
Profesora de Derecho penal, Colegio Universitario de Estudios Financieros

Mujeres, yihad y su controvertido regreso a Europa
Una perspectiva jurídica

*Women, Yihad and their Controversial Return
A Legal Perspective*

• Carmen González Vaz • Universidad Complutense de Madrid •

Fecha de recepción

20-10-2025

Fecha de aceptación

04-11-2025

Resumen

Además de reportarle triunfos económicos y militares, las campañas de Daesh desarrolladas en Siria e Irak hicieron que miles simpatizantes marcharan a territorio controlado por esta organización terrorista para incorporarse a sus filas. Las mujeres también participaron en este fenómeno, siendo atraídas para contraer matrimonio con los muyahidines y formar familias para poblar el territorio conquistado. Tras la desarticulación de Daesh, casi cinco años después, conseguida con la intervención de la coalición internacional, muchas de estas mujeres europeas solicitan regresar a sus países de origen. Ante esta situación, varios Estados han optado por rechazarlas e incluso privarlas de la nacionalidad; sin embargo, cabe preguntarse si esta respuesta es conforme a derecho.

Abstract

Daesh's military campaigns in Syria and Iraq resulted in economic and military gains and, in parallel, prompted thousands of sympathizers to travel to territory under its control and integrate into the organization's operations. Women were also included in this phenomenon, often relocating with the intention of entering marriage with mujahedin, and subsequently forming families as part of a broader strategy to populate the territory. Almost five years on, and thanks to the intervention of the international coalition, Daesh has lost all its controlled territory. As a result, many relocated European women are seeking a return to their home countries. This situation naturally carries with it many controversies, not least legal ones. In response to the situation, many nations have decided to refuse entry to these women, even to strip them of their nationality. But is this the correct alternative according to the law?

Palabras clave

Apátrida, reclutamiento, combatientes extranjeros, mujeres terroristas, terrorismo yihadista.

Keywords

Stateless person, recruitment, foreign fighters, female terrorists, jihadist terrorism.

Sumario

1. Introducción. Las mujeres como objetivo de radicalización: poblar un territorio conquistado. / 2. La caída del califato en Siria e Irak: el rechazo de los países de origen. / 3. Referencias.

1. Introducción. Las mujeres como objetivo de radicalización: poblar territorio conquistado

La noche del 13 de noviembre de 2015 se produciría el asesinato masivo de 127 personas en una discoteca de París,¹ irrumpía así en todos las pantallas y periódicos el acrónimo de Dáesh, hasta el momento desconocido para la mayoría de la sociedad de a pie. Desde entonces y en los años venideros, el nombre de la organización terrorista que se autoproclamó como Estado Islámico ha protagonizado en numerosas ocasiones los noticieros, haciendo cada día más notoria su presencia.

Esta notoriedad ha atraído, al mismo tiempo, la atención de un gran número de estudiosos de diversas ramas del conocimiento; son innumerables los análisis y tesis que

se han desarrollado alrededor de este fenómeno. Sin embargo, lo que realmente llama la atención de Dáesh no es su *modus operandi* a la hora de atentar, ni siquiera su estructura² o letalidad, sino su novedoso modo de atraer adeptos a sus filas.

Así es, la captación y adoctrinamiento terrorista ha dado un cambio radical con la aparición de Dáesh.³ Atrás quedan los métodos de radicalización en los que era preciso pertenecer al círculo cercano e íntimo de los miembros de la banda terrorista,⁴ ahora el

1 Se trata de uno de los atentados yihadistas más relevantes en suelo europeo, el cual tuvo un saldo aproximado de 129 víctimas mortales y cientos de heridos. mi: Ministère de l'Intérieur, *Attentats*. Francia : mi, 2016. <https://www.interieur.gouv.fr/Archives/Archives-des-dossiers/2016-Dossiers/Attentats>

2 Daniel Sansó-Rubert, “Nuevas tendencias de organización criminal y movilidad geográfica. Aproximación geopolítica en clave e inteligencia criminal”, Revista *UNISCI*, 41, mayo de 2016, p. 184. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5611325>

3 Pablo Rey García, Pedro Rivas Nieto y Óscar Sánchez Alonso, “Propaganda, radicalismo y terrorismo: la imagen del Dáesh”, *Estudios sobre el mensaje periodístico*, 1, 3, enero-junio de 2017, p. 213. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6059158>

4 De hecho, y como afirmaba Cancio Meliá: “el acceso al círculo interno implica la reactualización de aportaciones a la estructura de la organización consistentes en infracción

gran caballo de batalla es internet.⁵ Y es que esta organización terrorista ha conseguido desarrollar toda una estrategia de captación a través de internet, la cual no se limita a las redes sociales, ya que cuenta con una revista virtual propia, además de una propia productora, donde publican cierto contenido gráfico de gran conmoción.⁶ Este contenido ha conseguido desencadenar un fenómeno aún más impactante: cientos de individuos nacidos en suelo occidental y en ocasiones sin ningún tipo de contacto con el islam deciden trasladarse hasta Siria e Irak para incorporarse a las filas de Dáesh.⁷

Son muchos los informes y artículos científicos que profundizan en esta materia, con el propósito, al menos en la mayoría de los casos, de delimitar los contornos del perfil del radicalizado. Sin embargo, gran parte de estos estudios versan sobre el conocido como “lobo solitario”, del que se intenta realizar una prevención a toda costa. Lo que se

ha pasado por alto, y posee gran importancia también, es el otro destinatario de la propaganda terrorista: las mujeres. A medida que Dáesh ha conquistado territorio necesita una población⁸ para ocuparlo, y es precisamente aquí donde entra la función de la mujer.

1.1. *El perfil de la mujer radicalizada: joven y soltera*

No es casual que, del total de mujeres radicalizadas (16.9 % de los detenidos en 2016 por delitos de terrorismo) el 50 % de ellas estén solteras, frente al 22.7 %⁹ de hombres solteros. La mujer en la que se centra Dáesh tiene una edad aproximada de 22.6 años, situándose la mayor franja de edad entre los 15 y 24 años,¹⁰ edad en la que la mujer goza de mayor fertilidad. Así, se confirma la estrategia de Dáesh: necesita mujeres solteras y en una edad fértil para poder formar familias junto a los muyahidines (guerreros de Dáesh). De hecho, ya en el primer número de *Rumiyah*¹¹

criminal”. Manuel Cancio Meliá, “El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 12, 2010, p. 158. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15233/15646>

⁵ Bernat Aragó, “La yihad mediática”, *Quaderns de la Mediterrània*, 24, 2017, p. 229. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6036414>

⁶ Luis Vives-Ferrández Sánchez, “(No) son sólo imágenes: iconoclasia y yihad 2.0”, *Anuario del Departamento de Historia y Teoría del Arte*, 27, 2015, p. 19. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5990021>

⁷ Javier Jesús Jordán Enamorado, “Procesos de radicalización yihadista en España. Análisis sociopolítico en tres niveles”, *Revista de Psicología Social*, 24, 2, 2009, p. 198.

⁸ Pilar Requena, “Tendencias recientes en los procesos de radicalización yihadista: redes sociales, actores solitarios, captaciones femeninas. La radicalización de la mujer”, *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del terrorismo*, 2, diciembre de 2016, p. 103. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5815206>

⁹ Carola García Calvo y Fernando Reinares, *Estado Islámico en España*, Madrid: Real Instituto Elcano, 2016, pp. 22 y ss. <https://www.realinstitutoelcano.org/monografias/estado-islamico-en-espana/>

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Daesh, “The woman is a shepherd in her husband’s home and responsible for her flock”, en *Rumiyah*, núm. 9, 2017, pp. 18-21.

se puede consultar un artículo sobre qué clase de comportamiento debe seguir la mujer y qué funciones deberá cumplir, lo que se puede resumir en obedecer a los principios de la Sharía más tradicional y extrema, así como quedar relegada a ser objeto del varón, satisfacerlo en todos los aspectos y ocuparse del cuidado del hogar y de la educación de los hijos.¹²

2. La caída del califato en Siria e Irak: el rechazo de los países de origen

Cientos de mujeres han viajado hasta territorios controlados por Dáesh, principalmente Siria o Irak, movidas por “amor”.¹³ No obstante, estas expectativas, en muchas ocasiones, quedan frustradas. Aunque algunas de ellas quedan bajo la “tutela” de un único muyahidín, otras son engañadas e introducidas en el engranaje de la trata sexual.¹⁴ Las condiciones en

las que se encuentran estas mujeres son infráhumanas, no solamente siendo víctimas de violaciones sistemáticas, sino también convirtiéndose en el foco de torturas y “objeto de recompensa” para aquellos guerreros que hubieran cumplido con su cometido satisfactoriamente. Muchas de estas esclavas sexuales, que son a su vez, ciudadanas europeas, han intentado huir, siendo asesinadas en gran parte de los casos.¹⁵

Dejando esta situación de lado, hay que considerar que la acción de la comunidad internacional¹⁶ permitió la liberación de todo el territorio conquistado por Dáesh, de modo que, muchos de aquellos terroristas que habían viajado desde otros Estados decidieron volver a sus Estados de origen. Es el caso de las mujeres que han pedido volver a sus países de origen junto a sus hijos, los llamados “cachorros del califato”¹⁷ y que, sin embargo, se han

12 En muy pocas ocasiones la mujer adopta un papel más trascendental que el tradicional de ama de casa y educadora de los hijos. Carola García Calvo, “Las mujeres del Estado Islámico”, *Comentario Elcano 22/2015*, marzo de 2015. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/comentario-garciacalvo-las-mujeres-del-estado-islamico

13 Carola García Calvo y Fernando Reinares, “Estado Islámico...”, *op. cit.*, p. 49.

14 Anne Speckhard y Ahmet Yayla, “Eyewitness Accounts from Recent Defectors from Islamic Why They Joined, What They Saw, Why They Quit”, *Perspectives on terrorism*, vol. 9, núm. 6, diciembre, 2015, p. 112.

15 Christina Patterson, “Novias de la Yihad: las mujeres del ISIS”, *El Mundo*, 11 de diciembre de 2016. <https://www.elmundo.es/yodona/lifestyle/2016/12/11/5847f860e2704eb4578b4581.html>

16 Luis de la Corte Ibáñez, “Cuando el Estado Islámico perdió su Estado. Un análisis estimativo sobre los efectos más probables del fin del poder territorial del Dáesh”, *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, noviembre de 2017, p. 3. https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEEO111-2017_EI_Raqqa_LuisdelaCorte.pdf

17 Blanca Palacián de Inza, “Los cachorros del Dáesh”, *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, mayo de 2015, p. 4. https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2015/DIEEEA26-2015_Cachorros_DAESH_BPI.pdf

encontrado con el rechazo de su propio Estado.

Es el ejemplo de Reino Unido¹⁸ que, no conformándose con el rechazo de la entrada a su territorio, decidió arrebatar la nacionalidad de estas mujeres con la simple justificación de que aun abrazaban el fundamentalismo yihadista y que, por ende, representaban un gran peligro para la seguridad del Estado.¹⁹ Y es aquí donde radica el verdadero problema: ¿actuó Reino Unido (aún entonces Estado miembro de la Unión Europea), al igual que otros Estados, correctamente, esto es, conforme a derecho? En caso de que la respuesta a esta pregunta fuera “no”, entonces, ¿cuál sería la alternativa más adecuada para afrontar esta situación?

2.1. Estado de la cuestión: la prohibición de la arbitrariedad

Es cierto que el derecho internacional determina que el Estado resulta soberano a la hora de establecer sus normas para otorgar, mantener y arrebatarle la nacionalidad a un sujeto. No obstante, de acuerdo con el de-

recho internacional público,²⁰ se prohibirá terminantemente retirar la nacionalidad de modo arbitrario, en concreto cuando se pueda generar un caso de apátrida. Pero ¿qué se entenderá por arbitrariedad?

Por arbitrariedad, desde el punto de vista jurídico, se deberá interpretar ausencia de control, lo cual es equivalente a la celebración de un juicio justo. En efecto, dejar sin nacionalidad a un individuo sin que previamente haya mediado un juicio justo con todas las garantías no sólo vulneraría el derecho a un “proceso equitativo” (artículo 6 cedh), sino que, a su vez, se estaría vulnerando el derecho a la presunción de inocencia. El Estado estaría afirmando que esta persona ha llevado a cabo una serie de hechos y que habría asumido una serie de postulados, integrándose en una organización terrorista, aunque todo esto, eso sí, sin prueba alguna.

Reino Unido, por lo tanto, se comportó de un modo irresponsable, no cumpliendo

18 Ana Carbajosa, Marc Bassets y Patricia Tubella, “El desafío político y legal del retorno de los yihadistas europeos”, *El País*, 24 de febrero de 2019. https://elpais.com/internacional/2019/02/23/actualidad/1550921499_313211.html

19 European Union Agency for Law Enforcement Cooperation, *European Union terrorism situation and trend report 2019*, La Haya: europol, 2019, p. 41. <https://www.europol.europa.eu/publications-events/main-reports/terrorism-situation-and-trend-report-2019-te-sat>

20 En primer lugar, aunque cada Estado sea soberano para determinar el modo de adquirir la nacionalidad, lo cierto es que todo individuo tiene derecho a una nacionalidad, así como también se prohíbe ser privado de ésta de forma arbitraria. Mercedes Soto Moya, “El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 40, 20, julio de 2018, p. 459. <https://www.redalyc.org/journal/282/28264622022/html/>

Teniendo en cuenta que Reino Unido pretende arrebatar la nacionalidad sin que primero medie un proceso judicial, se podría decir que, efectivamente, este Estado ha incurrido en arbitrariedad, pues se iría en contra del principio y derecho de presunción de inocencia.

con aquellos tratados internacionales asumidos y con cuyas obligaciones se comprometió. Es evidente que resulta complicado afrontar un problema de enorme sensibilidad, al que la opinión pública reaccionaría con desaprobación y recelo.

Evidentemente la solución no resulta sencilla y es, en cualquier caso, polémica. Ante la normativa internacional, especialmente si se tiene en cuenta la normativa europea, los Estados tienen el deber de permitir el paso de sus propios ciudadanos, aunque estos hayan cometido un crimen tan grave como lo son los delitos de terrorismo.

Al mismo tiempo, los Estados, como ya se ha referido, tendrán prohibido arrebatar la nacionalidad de un modo arbitrario, lo que se podría corresponder perfectamente con la ausencia de un proceso previo en cualquiera de los órdenes del derecho, ya fuera por vía administrativa, civil o penal.

Sin embargo, la estrategia que adoptó Reino Unido se contradice totalmente con los principios y valores más elementales del Estado de derecho. El caso más importante, y que más polémica ha causado, se refiere al caso Begum. Cuando se presentó la circunstancia de la petición de retorno de la nacional Begum, viuda de un yihadista y madre de uno de los “cachorros de la Yihad”, después de haberse trasladado de forma voluntaria hacia territorio controlado por esta organización terrorista, Reino Unido rechazó su vuelta.²¹ Sin embargo, todo quedó en el rechazo, sino que Reino Unido decidió arrebatarle la nacio-

nalidad inglesa a Begum,²² al alegar que tiene derecho a la nacionalidad de Bangladesh y que, por lo tanto, no incumpliría con la prohibición del derecho internacional público de dejar a una persona sin ninguna nacionalidad, esto es, apátrida.²³ Es decir, Reino Unido decidió retirar la nacionalidad a un sujeto sin ningún tipo de juicio y basándose en la suposición de la legitimidad que esta tenía en pedir una segunda nacionalidad, una decisión desafortunada y contraria a los derechos humanos y a la normativa de la Unión Europea. De hecho, Bangladesh, en respuesta a la decisión tomada por Reino Unido, afirmó que Begum no cumple los requisitos para optar a la nacionalidad de su país.²⁴ No obstante, el

22 Tanto es así, que en la web oficial del gobierno de Reino Unido se expone que “el Ministerio del Interior dispone de una amplia gama de poderes para interrumpir viajes y gestionar el riesgo que representan los retornados. El Ministerio de Interior puede excluir a los ciudadanos no-británicos de Reino Unido y, en ciertas circunstancias, puede despojar a los individuos peligrosos de su nacionalidad británica cuando ésta no quedase apátrida.” gov: Government of the United Kingdom, “UK action to combat Daesh”, GOV. UK. <https://www.gov.uk/government/topical-events/daesh/about>

23 BBC News Mundo: “Shamima Begum: despojan de la nacionalidad británica a la joven que se unió a Estado Islámico y quería regresar a su país a dar a luz”, BBC News Mundo, 20 de febrero de 2019. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-47308115>

24 Esther Addley y Redwan Ahmed, “Shamima Begum will not be allowed here, says Bangladesh”, The Guardian, 20 de febrero de 2019. <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/feb/20/rights-of-shamima-be>

21 Global News, “British teenager who joined Islamic State in Syria to lose U.K. citizenship”, Global News, 19 de febrero de 2019. <https://globalnews.ca/news/4977104/shamima-begum-british-isis-bride-citizenship/>

Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales ha rechazado, el pasado febrero de 2024, definitivamente la nacionalidad británica a Begum²⁵. Así, actualmente, Begum se encuentra en un campo de refugiados al norte de Siria sin un horizonte cierto ni halagüeño.

Ante esta violación de los derechos humanos por parte del que hasta entonces era un Estado miembro, la Unión Europea hizo un llamamiento a la razón²⁶ y al cumplimiento

gums-son-not-affected-says-javid

25 Rafa de Miguel, “La justicia del Reino Unido deniega el retorno a una joven que se unió al ISIS”, *El País*, 26 de febrero de 2021. <https://elpais.com/internacional/2021-02-26/la-justicia-del-reino-unido-deniega-el-retorno-a-una-joven-que-se-unio-al-isis.html>

26 De hecho, el propio Parlamento Europeo determinó que “una de las principales objeciones legales contra la privación de ciudadanía es el deber de los Estados de prevenir la apatridia. Esta restricción legal explica por qué la mayoría de las disposiciones de privación sólo conciernen a ciudadanos duales. Sin embargo, hacer que la ciudadanía de los ciudadanos duales sea menos segura que la de los ciudadanos de una sola nacionalidad plantea preguntas sobre la igualdad de ciudadanía. De manera similar, distinguir entre ciudadanos naturalizados y ciudadanos nativos con el propósito de privar a la ciudadanía conduce a la creación de diferentes clases de ciudadanos. Asimismo, existen serias dudas sobre la efectividad de la privación de ciudadanía como un instrumento para combatir el terrorismo, dado que otros medios (como las sanciones penales y la retirada de los derechos de movilidad) podrían servir mejor a este propósito”. María Margarita Mentzelopoulou y Costica Dumbrava, “Acquisition and loss of citizenship in EU Member States: Key trends and issues”, *EPRS: European*

to de los compromisos internacionales adoptados. Y es que, con la entrada en vigor de la Directiva (ue) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo del 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, no sería necesario esto. La razón reside en que, mediante esta directiva, se exhorta a los Estados miembro a introducir en sus Ordenamientos Jurídicos la conducta de trasladarse a cualquier territorio extranjero con el fin de participar en actividades terroristas o para formar parte de la propia organización, de forma que estas ciudadanas europeas podrían ser traídas para ser juzgadas por un delito del artículo 575.3 CP. Sin embargo, y aun cuando existiera el recurso de la acusación de un delito de terrorismo (cuya pena de prisión oscila entre los dos y los cinco años), los Estados todavía manifiestan desconfianza ante la opción de este regreso, cuyas razones se podrían desvirtuar si tenemos en cuenta los siguientes datos:

- En primer lugar, porque la Unión Europea con la promulgación de la Directiva (ue) 2017/541, como ya se adelantó más arriba, incorporó la conducta de traslado a territorio extranjero con el fin de capacitarse para llevar a cabo delitos de terrorismo como un tipo penal a introducir en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembro.²⁷

Parliamentary Research Service, julio de 2018, pp. 10 y 11. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625116/EPRI-BRI\(2018\)625116_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625116/EPRI-BRI(2018)625116_EN.pdf)

27 Hay que destacar que algunos Estados miembro, entre ellos España o Italia, incorporaron

Esto quiere decir que, ya los Estados miembro de la Unión Europea, podrían traer de vuelta a estas ciudadanas bajo la acusación de un delito de terrorismo, por lo que no supondría, en principio y en atención a los distintos mecanismos con los que cuentan los diferentes Estados miembro de la Unión Europea, una fuente de riesgo descontrolada.

- Y, en segundo lugar y en estrecha relación con lo anterior, porque la pena, en la mayor parte de los Estados de derecho, se orienta a la reintegración de la persona en sociedad,²⁸ de la misma manera que forma parte de un valor de la Unión Europea si se tiene en cuenta su carácter democrático y en pro de los derechos humanos. De esta manera, en el caso en el que se condene a este tipo de delincuente a una pena corta de prisión todos los esfuerzos irán dirigidos, al menos teóricamente, a que la persona pueda resocializarse y pueda volver a la sociedad sin que suponga un riesgo.

Sin embargo, los eventuales efectos positivos de estas dos circunstancias son duendes. Si comenzamos por la segunda de las opciones, la Unión Europea carece de protocolos, organismos o programas dirigidos a la prevención o la reinserción de sujetos radica-

lizados.^{29/30} De este modo, el primero de los estratos de la acción terrorista (radicalización), pero no conditio sine qua non para que derive en esta, ha sido tratada de un modo penal y no social, lo cual sería incompatible con la vocación social y con base en los derechos humanos a los que atiende la Unión Europea. Acudir directamente al derecho penal sin que se baraje la posibilidad de usar instancias anteriores para tratar la radicalización, quizás mucho más útiles y eficaces, denota una instrumentalización del derecho penal y la infracción del principio de su *ultima ratio*.

Y en cuanto al primer punto, hoy en día la mayor parte de los Estados miembro de la Unión Europea, entre los que se encuentra España, ha incorporado a su elenco penal la conducta de traslado a territorio extranjero. No obstante, que se introduzca esta conducta criminal no quiere decir que sea sencillo aplicarla y, por ende, eficaz.

²⁹ De hecho, el único centro en Francia con tal fin fue clausurado por falta de apoyo y planificación. Leela Jacinto, “France’s ‘deradicalisation gravy train’ runs out of steam”, *France24*, 1 de Agosto de 2017. <https://www.france24.com/en/20170801-france-jihad-deradicalisation-centre-closes-policy>

³⁰ En palabras de Piernas López: “la principal carencia de las políticas de la Unión en materia de prevención y respuesta a la radicalización obedece a la ausencia de mecanismos de control y seguimiento de las iniciativas europeas en este ámbito”. Juan Jorge Piernas López, “La vuelta de la UE a reaccionar frente a atentados y la Directiva (UE) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo”, *Revista General de Derecho Europeo*, 44, 2018. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419757&d=1

esta conducta típica en el Código Penal mucho antes de que entrase en vigor la normativa europea; concretamente la reforma que incluyó este nuevo delito tuvo lugar en 2015.

²⁸ Santiago Mir Puig, *Derecho penal*. Parte general, Barcelona: Reppertor, 2016, p. 694.

El principal problema se encuentra en la prueba del elemento subjetivo de la conducta en cuestión, cuya dificultad se ha manifestado en los tribunales españoles a la hora de juzgar a distintos sujetos por los delitos tipificados en el artículo 575 CP, entre los que figura el que actualmente tratamos.

Si tenemos en cuenta el tenor literal de esta conducta delictiva, esto es, “la misma pena se impondrá³¹ a quien, para ese fin,³² o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero” (artículo 575.3 CP), se puede apreciar que la prueba de la capacitación supondrá un gran escollo.

La jurisprudencia al respecto expone esta problemática. Debido a que el elemento subjetivo es el mismo en los tres preceptos: delito capacitación terrorista pasiva (artículo 575.1 CP), delito autocapacitación terrorista (artículo 575.2 CP), y delito de traslado a territorio extranjero con fines terroristas (artículo 575.3 CP); se traerán a colación las sentencias surgidas en cuanto al delito de autocapacitación terrorista por ser estas más numerosas y concisas. En la mayor parte de las sentencias al respecto, el Tribunal Supremo (en adelante TS) considerará probado el elemento subjetivo, es decir, la capacitación para cometer delitos de terrorismo, con el simple hecho de la manifestación del sujeto en cuanto cometer un delito de terrorismo, añadiendo la STS 655/2017, del 5 de octubre (Tol. 6.388.636;

ponente: José Ramón Soriano Soriano) que: “en tal situación no hace falta otra capacidad que poner en práctica esas ideas de patógeno fanatismo, sirviéndose de un cuchillo, un vehículo, o un arma o explosivo”.³³ Esta afirmación del TS se acerca más al concepto de “radicalización” que al de “capacitación”, alejándose consecuentemente del derecho penal del hecho, en el que se basa todo derecho penal propio de un Estado de derecho que se precie. En otras palabras, al considerar probado el elemento subjetivo el TS con la simple “acreditación” de la radicalización del sujeto se criminaliza el pensamiento, castigándose al sujeto no por lo que haya hecho, sino por la ideología que sostiene.

Otro ejemplo de esta tendencia adoptada por el TS sería la que se refleja en la STS 661/2017, del 10 de octubre (Tol. 6.378.785; ponente: Alberto Jorge Barreiro), por la que el TS entiende que se da por acreditado el tipo subjetivo simplemente por “el material documental de que disponía el acusado y que en algunos casos compartía con otros de sus hermanos, sí estaba destinado a adoctrinarse para que cuando llegara el momento enrolarse como su hermano en la yihad que se desarrollaba en Siria”.³⁴

Como se puede apreciar, el TS no tiene en cuenta ningún aspecto que pueda identificarse con un “hecho”, con algo que pueda suponer un cambio en la realidad, que suponga

³¹ De dos a cinco años de prisión.

³² “finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este capítulo”, esto es, delitos de terrorismo (art. 575.1 CP).

³³ Sentencia del Tribunal Supremo 655/2017, Sala Segunda de lo Penal, España, 5 de octubre de 2017. Resolución 655/2017. <https://vlex.es/vid/695333245>

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 661/2017, Sala Segunda de lo Penal, España, de 10 de octubre de 2017. Resolución 661/2017. <https://vlex.es/vid/695084493>

una lesión o un riesgo para la salvaguarda de un bien jurídico penalmente relevante, por lo que es el comienzo de la configuración de un derecho penal de autor.³⁵ Un derecho penal basado en el castigo de una manera de pensar o una forma de ser contradiría frontalmente el derecho penal del hecho en el que se basa un Estado de derecho, infringiendo, a su vez, el principio de pluralidad de ideologías (artículo 1.1 CE). Y, de hecho, así lo piensan autores como Pérez Cepeda, cuando manifiesta que consistiría en:

35 Nuestro sistema penal, como cualquier sistema derivado de un Estado democrático, se basa en el principio de responsabilidad por el hecho, en otras palabras, y como expone de la Cuesta Aguado “el principio de responsabilidad por el hecho es un principio efectivamente estructural de nuestro ordenamiento jurídico —en el sentido de configurador de la orientación de nuestro sistema penal—, y de él se deriva que la culpabilidad sólo puede ser generada por el hecho realizado y no por la propia personalidad o forma de vida —Derecho penal del hecho—. (...) la responsabilidad sólo se puede generar como consecuencia de un comportamiento en relación con un hecho y no en una forma de ser de pensar o de vivir, vid., Paz Mercedes de la Cuesta Aguado, *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 57.

De esta manera, se opone a este esquema el conocido tradicionalmente como “Derecho penal de autor”, el cual basará la “culpabilidad” y el castigo del sujeto no en la conducta llevada a cabo por éste, sino en su forma de ser y en sus pensamientos, básicamente “hacia el propio autor”. María Viviana Carusto Fontán y Félix Marfa Pedreira González, *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires: B de f, 2014, p. 208.

Desarrollar actividades de recabar información porque se tenga afinidad con determinadas ideas, puesto que la participación ideológica en un grupo terroristas es también calificada como conducta de integración terrorista, por lo que el precepto limita claramente la libertad de pensamiento, constituyendo un claro ejemplo de Derecho Penal de Autor.³⁶

A esta línea se une también Gorjón Barranco, quien denunció que el artículo 575 CP “equipara cualquier apoyo material al apoyo de ideas, criminalizando todo el entorno ideológico de determinados sujetos que se definen como terroristas por su manera de pensar”.³⁷

De este modo, y de acuerdo con el hilo central de este estudio, sería incompatible con un Estado de derecho el castigo del simple traslado a territorio extranjero con el fin de “radicalizarse” o “adoctrinarse”, como entiende el ts.

No resulta extraño, en consecuencia, por qué muchos Estados son contrarios a la entrada de estas ciudadanas que en su día abrazaron voluntariamente el ideario de Dáesh y que hoy piden volver a sus territorios. Es evidente que el riesgo, así como la preocupación y el miedo entre la población, será inevitable, pero lo cierto es que son ciudadanas europeas y, como cualquier otra persona que haya

36 Ana Isabel Pérez Cepeda, *El pacto antiyihadista: Criminalización de la Radicalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 349.

37 María Concepción Gorjón Barranco, “El cibercrimen político: especial referencia al ciber terrorismo en España”, en *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 399.

cometido un delito tan grave como podría ser un delito de terrorismo en suelo nacional, tienen derecho a las garantías y derechos que les corresponden por ser ciudadanas de un Estado de derecho.

La no extradición no debería ser una opción para tener en cuenta en este caso, donde siempre deberán prevalecer las garantías procesales y político criminales, así como los derechos fundamentales y libertades públicas que dan sentido a la palabra “derecho” del sistema político “Estado de derecho”.

Es necesario tener presente los límites de lo que se debería entender por terrorismo o, al menos, de qué parcela de este fenómeno actual se ocupará el derecho penal, que recordemos que se trata de la herramienta más severa de la que dispone el Estado de derecho. Por esta razón, resulta imprescindible traer a colación la Sentencia del TS concerniente al caso 11 de Marzo, la STS 503/2008, del 17 de julio (Tol. 1.371.325; ponente Miguel Colmenero de Luarca), que advierte que:

La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. [...] Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida. No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la cons-

tatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.³⁸

En conclusión, el fin, en democracia, nunca justificará los medios.

3. Referencias

ADDLEY, Esther y Redwan AHMED, “Shamima Begum will not be allowed here, says Bangladesh”, *The Guardian*, 20 de febrero de 2019. (Consulta: 30 de octubre de 2025): <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/feb/20/rights-of-shamima-begums-son-not-affected-says-javid>

ARAGÓ, Bernat, “La yihad mediática”, *Quaderns de la Mediterrània*, 24, 2017. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6036414>

BBC News Mundo: “Shamima Begum: despojan de la nacionalidad británica a la joven que se unió a Estado Islámico y quería regresar a su país a dar a luz”, *BBC News Mundo*, 20 de febrero de 2019. (Consulta: 30 de octubre de 2025): <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-47308115>

CANCIO MELIÁ, Manuel, “El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código Penal Español”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 12, 2010. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15233/15646>

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 728/2008, Sala Primera de lo Civil, España, 17 de julio de 2008. Resolución 728/2008. <https://vlex.es/vid/acciones-prescripcion-42929795>

- CARBAJOSA, Ana, Marc Bassets y Patricia Tubbella, “El desafío político y legal del retorno de los yihadistas europeos”, *El País*, 24 de febrero de 2019. (Consulta: 30 de octubre de 2025): https://elpais.com/internacional/2019/02/23/actualidad/1550921499_313211.html
- CARUSO FONTÁN, María Viviana y Félix María Pedreira González, *Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: B de f, 2014.
- CP: Código Penal, *Boletín Oficial del Estado*, España: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, 11 de junio de 2024. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2024-118
- Consejo Europeo, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Modificación por los protocolos núms. 11, 14 y 15 y completado por el Protocolo adicional y los protocolos núms. 4, 6, 7, 12, 13 y 16*, Francia: CE, 1 de noviembre de 1998. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- Consejo de la Unión Europea y Parlamento Europeo, Directiva (ue) 2017/541, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, 15 de marzo de 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32017L0541>
- Daesh, “The woman is a shepherd in her husband’s home and responsible for her flock”, *Rumiyah*, núm. 9, 2017.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, “Cuando el Estado islámico perdió su Estado. Un análisis estimativo sobre los efectos más probables del fin del poder territorial del Daesh”, *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, noviembre de 2017.
- https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEO1112017_EI_Raqqa_LuisdelaCorte.pdf
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes, *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid: Dykinson, 2004.
- DE MIGUEL, Rafa, “La justicia del Reino Unido deniega el retorno a una joven que se unió al ISIS”, *El País*, 26 de febrero de 2021. (Consulta: 30 de octubre de 2025): <https://elpais.com/internacional/2021-02-26/la-justicia-del-reino-unido-deniega-el-retorno-a-una-joven-que-se-unio-al-isis.html>
- EUROPOL: European Union Agency for Law Enforcement Cooperation, *European Union terrorism situation and trend report 2019*, La Haya: Europol, 2019. <https://www.europol.europa.eu/publications-events/main-reports/terrorism-situation-and-trend-report-2019-te-sat>
- GARCÍA CALVO, Carola, “Las mujeres del Estado Islámico”, *Comentario Elcano 22/2015*, marzo de 2015. (Consulta: 30 de octubre, 2025): http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/comentario-garcia-calvo-las-mujeres-del-estado-islamico
- GARCÍA CALVO, Carola y Fernando REINARES, *Estado Islámico en España*, Madrid: Real Instituto Elcano, 2016. <https://www.realinstitutoelcano.org/monografias/estado-islamico-en-espana/>
- Global News, “British teenager who joined Islamic State in Syria to lose U.K. citizenship”, *Global News*, 19 de febrero de 2019. (Consulta: 30 octubre 2025): <https://globalnews.ca/news/4977104/shamima-begum-british-isis-bride-citizenship/>

- GORJÓN BARRANCO, María Concepción, “El cibercrimen político: especial referencia al ciber terrorismo en España”, en *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- gov: Government of the United Kingdom, “UK action to combat Daesh”, GOV. UK. <https://www.gov.uk/government/topical-events/daesh/about>
- GUTERRES, António, “Secretary-General’s remarks to High-Level Event marking the 70th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights: A Prevention Tool to Achieve Peace and Sustainable Development [as delivered]”, *United Nations Secretary-General*, 26 de septiembre de 2018, statements. <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statements/2018-09-26/secretary-generals-remarks-high-level-event-marking-the-70th-anniversary-of-the-universal-declaration-of-human-rights-prevention-tool-achieve-peace-and-sustainable>
- JACINTO, Leela, “France’s ‘deradicalisation gravy train’ runs out of steam”, *France24*, 1 de Agosto de 2017. (Consulta: 30 octubre de 2025): <https://www.france24.com/en/20170801-france-jihad-deradicalisation-centre-closes-policy>
- JE: Jefatura del Estado, Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, núm. 281, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&t-n=1&p=20190221#a575>
- JE: Jefatura del Estado, Ley Orgánica 2/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, núm 77, *Boletín Oficial del Estado*, 31 de marzo de 2015. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3440>
- JORDÁN ENAMORADO, Javier Jesús, “Procesos de radicalización yihadista en España. Análisis sociopolítico en tres niveles”, *Revista de Psicología Social*, 24, 2, 2009.
- MENTZELPOULOU, Maria Margarita y COSTICA DUMBRAVA, “Acquisition and loss of citizenship in EU Member States: Key trends and issues”, *EPRS: European Parliamentary Research Service*, julio de 2018. (Consulta: 30 de octubre 2025): [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625116/EPBS-BRI\(2018\)625116_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625116/EPBS-BRI(2018)625116_EN.pdf)
- MI: Ministère de l’Intérieur, Attentats. Francia: mi, 2016. <https://www.interieur.gouv.fr/Archives/Archives-des-dossiers/2016-Dossiers/Attentats>
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Reppertor, 2016.
- PALACÍAN DE INZA, Blanca, “Los cachorros del Daesh”, *Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, mayo de 2015. https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2015/DIEEEA262015-Cachorros_DAESH_BPI.pdf
- PATTERSON, Christina, “Novias de la Yihad: las mujeres del ISIS”, *El Mundo*, 11 de diciembre de 2016. <https://www.elmundo.es/yodona/lifestyle/2016/12/11/5847f860e2704eb4578b4581.html>
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El pacto antiyihadista: Criminalización de la Radicalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge, “La vuelta de la ue a reaccionar frente a atentados y la Directiva (ue) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo”, *Revista General de Derecho Europeo*, 44, 2018. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle-revista.asp?id_noticia=419757&d=1

- REQUENA, Pilar, “La radicalización de la mujer”, *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del terrorismo*, 2, diciembre de 2016. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5815206>
- REY GARCÍA, Pablo, Pedro RIVAS NIETO y Óscar SÁNCHEZ ALONSO, “Propaganda, radicalismo y terrorismo: la imagen del Dáesh”, *Estudios sobre el mensaje periodístico*, 1, 3, enero-junio de 2017. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6059158>
- SANSÓ-RUBERT, Daniel, “Nuevas tendencias de organización criminal y movilidad geográfica. Aproximación geopolítica en clave e inteligencia criminal”, *Revista UNISCI*, 41, mayo de 2016. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5611325>
- Sentencia del Tribunal Supremo 728/2008, Sala Primera de lo Civil, España, 17 de julio de 2008. Resolución 728/2008. <https://vlex.es/vid/acciones-prescripcion-42929795>
- Sentencia del Tribunal Supremo 655/2017, Sala Segunda de lo Penal, España, 5 de octubre de 2017. Resolución 655/2017. <https://vlex.es/vid/695333245>
- Sentencia del Tribunal Supremo 661/2017, Sala Segunda de lo Penal, España, de 10 de octubre de 2017. Resolución 661/2017. <https://vlex.es/vid/695084493>
- SOTO MOYA, Mercedes, “El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 40, 20, julio de 2018. <https://www.redalyc.org/journal/282/28264622022/html/>
- SPECKHARD, Anne y Ahmet Yayla, “Eyewitness Accounts from Recent Defectors from Islamic Why They Joined, What They Saw, Why They Quit”, *Perspectives on terrorism*, vol. 9, núm. 6, diciembre de 2015.
- VIVES-FERRÁNDIZ SÁNCHEZ, Luis, “(No) son sólo imágenes: iconoclasia y yihad 2.0”, *Anuario del Departamento de Historia y Teoría del Arte*, 27, 2015. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5990021>

La conveniencia de tipificar en el derecho penal español un delito autónomo de usura

Análisis comparado con el artículo 644 del Código Penal italiano¹

The Convenience of Defining an Autonomous Offense of Usury in Spanish Criminal Law

A Comparative Analysis with Article 644 of the Italian Penal Code

• **Miguel Ángel Fernández-Salinero San Martín** •

Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja

¹ Este trabajo es resultado de la estancia de investigación desarrollada por el autor en la Universidad de Calabria en el año 2025.

La conveniencia de tipificar en el derecho penal español
un delito autónomo de usura
Análisis comparado con el artículo 644 del Código Penal italiano

*The Convenience of Defining an Autonomous Offense of Usury in Spanish Criminal Law
A Comparative Analysis with Article 644 of the Italian Penal Code*

• Miguel Ángel Fernández-Salinero San Martín • Universidad Internacional de La Rioja •

Fecha de recepción
10-10-2025

Fecha de aceptación
04-11-2025

Resumen

La ausencia en el derecho penal español de un tipo autónomo que sancione la usura plantea un déficit de tutela frente a determinadas conductas que, aunque lesivas para el patrimonio y la libertad económica de las personas, no alcanzan a subsumirse plenamente en el delito de estafa del artículo 248 del Código Penal. En cambio, el ordenamiento italiano, mediante el artículo 644 del Codice Penale, ha configurado desde hace décadas un tipo penal específico que sanciona tanto la usura real como la usura subjetiva, y reconoce su carácter plurifensivo.

El presente trabajo analiza la conveniencia de incorporar en España un precepto similar al modelo italiano.

Palabras clave

Patrimonio, Derecho penal, libertad económica, usura, reformas penales.

Abstract

The absence in Spanish criminal law of an autonomous provision punishing usury reveals a deficit in protection against certain conducts that, although harmful to individuals' property and economic freedom, cannot be fully subsumed under the offence of fraud established in Article 248 of the Criminal Code. By contrast, Italian law, through Article 644 of the Codice Penale, has for decades provided a specific criminal offence addressing both objective and subjective usury, and recognizes its multi-offensive nature.

This study, from a dogmatic and comparative law perspective, examines the advisability of introducing in Spain a provision similar to the Italian model.

Keywords

Wealth, criminal law, economic freedom, usury, criminal reforms.

Sumario

1. Introducción. La insuficiencia del marco actual de protección penal frente a la usura en España. / 2. La usura como fenómeno económico y social: génesis y actualidad. / 3. El modelo italiano: el artículo 644 del Codice Penale y su evolución jurisprudencial. / 4. La respuesta del Derecho penal español: análisis crítico de la atipicidad penal de la usura. / 5. Argumentos doctrinales a favor y en contra de la tipificación penal específica. / 6. Una propuesta de *Lege ferenda*. / 7. Conclusiones. / 8. Referencias.

I. Introducción. La insuficiencia del marco actual de protección penal frente a la usura en España

La usura ha acompañado históricamente a las sociedades humanas como manifestación del abuso económico en las relaciones de crédito. Desde los orígenes del derecho romano hasta la economía financiera contemporánea, la práctica de obtener beneficios desproporcionados mediante préstamos usurarios constituye una forma de explotación del necesitado que pone en cuestión la justicia del intercambio y la libertad real del consentimiento. Sin embargo, el derecho penal español (a diferencia de otros ordenamientos europeos) no ha configurado un tipo delictivo autónomo que sancione este fenómeno.

La vigente Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, conocida como “Ley Azcárate”, prevé exclusivamente la nulidad civil de los contratos usurarios, pero no contiene sanción penal alguna. El artículo 1 de la citada norma declara nulo “todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”,² lo que ha permiti-

do al Tribunal Supremo desarrollar una consolidada jurisprudencia civil sobre el control de los intereses abusivos, especialmente en los últimos años en relación con los créditos *revolving*.³

Sin embargo, esta respuesta estrictamente civilista (centrada en la nulidad contractual y la restitución de prestaciones) deja al margen las conductas más graves de aprovechamiento usurario, aquellas en las que el prestamista se aprovecha de la situación de necesidad, inexperiencia o debilidad de la víctima. En tales supuestos, parafraseando a Mir Puig: la atipicidad penal actual conduce a que conductas que lesionan gravemente la libertad económica y el patrimonio de la persona queden impunes o se subsuman de modo forzado en figuras como la estafa, del artículo 248 del Código Penal, que exige un engaño como elemento esencial del tipo.⁴

2 Ministerio de Gracia y Justicia, Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, *Gaceta de Madrid*, núm. 206, España: MGJ, 24 de julio de 1908. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1908-5579>

3 Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, Sala Primera de lo Civil, España, 25 de noviembre de 2015. Resolución 628/2015. <https://vlex.es/vid/588632022>

4 Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*

En contraste, el ordenamiento italiano ha optado por reconocer a la usura una autonomía dogmática dentro de los delitos contra el patrimonio, configurando en el artículo 644 del Codice Penale un tipo penal que sanciona tanto la usura real (cuando se pacta un interés superior al permitido por la ley) como la usura subjetiva (cuando se explota el estado de necesidad o debilidad del prestatario). Este modelo, de raíces en la legislación de 1930, ha sido objeto de una amplia elaboración doctrinal y jurisprudencial que lo ha convertido en una pieza fundamental de la protección del orden económico y de la libertad contractual en Italia.⁵

La comparación entre ambos ordenamientos resulta, por tanto, especialmente reveladora. Mientras que España mantiene una posición de mínima intervención penal, confiando el control de las prácticas usurarias a la jurisdicción civil, Italia ha optado por un modelo penal preventivo y represivo que conjuga elementos de protección del patrimonio individual con la defensa de la legalidad del mercado crediticio.

Desde una perspectiva político-criminal, la cuestión central que se plantea es si resulta conveniente o necesaria la tipificación en España de un delito autónomo de usura, inspirado (aunque no necesariamente calcado) en el modelo italiano. Tal tipificación permitiría sancionar penalmente aquellas conductas de explotación económica que, sin llegar a constituir estafa, suponen

un atentado contra la libertad económica y la equidad contractual, especialmente en contextos de vulnerabilidad social o de crédito no regulado.

Como se verá en las siguientes secciones, la dogmática italiana ofrece un referente valioso tanto por su sistematicidad como por su equilibrio entre la represión penal y el respeto a la autonomía privada. Los análisis de Grosso, Pelissero, Petrini y Pisa⁶ y De Mantovani⁷ muestran cómo el delito de usura ha evolucionado desde una figura patrimonial clásica hacia una forma compleja de criminalidad económica, con relevancia plurifensiva.

2. La usura como fenómeno económico y social: génesis y actualidad

La problemática de la usura no puede entenderse únicamente desde la óptica jurídica, sino que exige atender su contexto socioeconómico. En las sociedades contemporáneas, caracterizadas por la financiarización de la economía y la precarización de amplias capas sociales, las prácticas usurarias resurgen bajo nuevas formas: créditos rápidos, micropréstamos en línea, o financiación descentralizada a través de criptomonedas o activos digitales.

Desde un punto de vista criminológico, la usura se inscribe en las denominadas “criminalidades económicas de necesidad”, don-

ral, Barcelona: Reppertor, 2021, p. 227.

⁵ Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna: Zanichelli, 2015, pp. 224 y s.

⁶ Carlo Federico Grosso, Marco Pelissero, Davide Petrini y Paolo Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano: Lefebvre Giuffrè, 2017.

⁷ Fernando Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, Padua: Cedam, 2024.

de el agente se aprovecha de una situación de desequilibrio estructural entre las partes. En este sentido, el daño causado trasciende el interés individual de la víctima y afecta el orden socioeconómico, entendido como la confianza en la legalidad y transparencia de las relaciones crediticias.

Como apunta Terradillos Basoco: “la libertad contractual solo es auténtica cuando el consentimiento se presta desde la igualdad material de las partes; cuando esta desaparece, la autonomía privada se convierte en instrumento de dominación”.⁸ En este sentido, la usura supone un ataque indirecto a la libertad económica, que justifica la intervención del Derecho penal como *ultima ratio*, una vez constatada la insuficiencia del derecho civil y administrativo.

La experiencia italiana resulta ilustrativa. Tras la reforma de 1996 (operada por la Ley núm. 108/1996), el legislador italiano estableció límites objetivos al tipo de interés y fijó tasas de referencia oficiales publicadas periódicamente por el Ministerio de Economía. La superación de dichos límites constituye el presupuesto objetivo del delito de usura “real” previsto en el artículo 644 del Codice Penale. Además, se incorporó una modalidad “subjetiva”, que sanciona la explotación de la necesidad, inexperiencia o estado de inferioridad del prestatario, incluso cuando el interés pactado no supera formalmente los límites legales.

Esta dualidad tipológica —real y subjetiva— ha permitido a la jurisprudencia italiana abordar con eficacia supuestos de explotación económica sin necesidad de re-

currir a figuras forzadas como el fraude o la coacción. *La Corte di Cassazione*, en su sentencia núm. 5287 de 19 de marzo de 2000, señaló que la usura constituye “una forma de violencia económica incompatible con la libre formación de la voluntad contractual”.⁹

De este modo, el Derecho penal italiano ofrece una tutela pluriofensiva, que protege simultáneamente el patrimonio individual y el orden público económico, sin desnaturalizar el principio de intervención mínima.

3. El modelo italiano: el artículo 644 del Codice Penale y su evolución jurisprudencial

a) Estructura y contenido del artículo 644 del Codice Penale

El artículo 644 del Codice Penale italiano constituye la piedra angular de la política criminal italiana contra la usura. Su texto (modificado en varias ocasiones, la más relevante, mediante la Ley núm. 108/1996) dispone que incurre en delito de usura quien: “al dar o prometer a otro, para sí o para un tercero, en contraprestación de un préstamo de dinero u otra utilidad, intereses u otras ventajas usurarias”, o quien “mediante la explotación del estado de necesidad o de debilidad del prestatario, obtiene o promete intereses o ventajas desproporcionadas”.¹⁰

⁸ Juan María Terradillos Basoco, *Derecho penal económico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 134.

⁹ Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 5287, sezione unite, 19 de marzo de 2000.

¹⁰ CP: Codice Penale, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, núm. 251, 19 de octubre de 1930. <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codicePenale>

De esta formulación se desprende una doble modalidad típica:

- a. Usura real, basada en la superación de un límite objetivo del tipo de interés (*tasso soglia*), fijado periódicamente por el Ministerio de Economía conforme al artículo 2 de la Ley 108/1996.
- b. Usura subjetiva, que sanciona la explotación de una situación personal de inferioridad (necesidad, inexperiencia, debilidad psíquica o económica) del prestatario, incluso cuando el interés pactado no excede el límite objetivo.

La existencia de estas dos variantes permite al ordenamiento italiano cubrir un espectro más amplio de comportamientos socialmente lesivos, mientras constituye una figura penal plurifensiva, en la que convergen intereses patrimoniales, económicos y de justicia contractual.

Como señalan Fiadanca y Musco: “la ratio del delito de usura no se limita a proteger el patrimonio individual, sino que pretende preservar la libertad de autodeterminación económica y el orden del mercado crediticio”.¹¹ En este sentido, la protección de la *libertà negoziale* del sujeto constituye un bien jurídico autónomo que justifica la intervención penal.

b) Bien jurídico protegido y naturaleza plurifensiva del tipo

La doctrina italiana ha debatido ampliamente acerca de la naturaleza del bien jurídico protegido en el delito de usura. Según la in-

terpretación tradicional, el núcleo de protección sería el patrimonio del prestatario. No obstante, a partir de los años ochenta, la orientación dominante, seguida por autores como Grosso, Pelissero, Petrini y Pisa,¹² ha subrayado el carácter plurifensivo del delito, que protege tanto el patrimonio como la libertad de autodeterminación económica y el orden público del mercado.

Esta concepción se alinea con la evolución del derecho penal económico moderno, que tiende a reconocer la interdependencia entre los derechos individuales y los bienes colectivos de relevancia económica. Así lo expresa Mantovani, al afirmar que “la usura representa una forma de agresión que desnaturaliza la libertad contractual y pone en peligro la confianza pública en la equidad del tráfico financiero”.¹³

El Tribunale di Cassazione ha adoptado esta perspectiva en numerosas sentencias, al señalar que “la ofensa no recae exclusivamente sobre el patrimonio del prestatario, sino también sobre el orden económico en cuanto sistema de relaciones basado en la igualdad de las partes”.¹⁴

La consideración de la libertad económica como bien jurídico de relevancia penal implica una lectura extensiva del principio de lesividad, compatible con la función preventiva del Derecho penal contemporáneo. De ahí que el legislador italiano haya optado por sancionar incluso las formas de usura

¹¹ Giovanni Fiadaca y Enzo Musco, “*Diritto penale...*”, *op. cit.*, p. 425.

¹² Carlo Federico Grosso, Marco Pelissero, Davide Petrini y Paolo Pisa, “*Manuale di diritto penale...*”, *op. cit.*, p. 517.

¹³ Fernando Mantovani, “*Diritto penale...*”, *op. cit.*, p. 312.

¹⁴ Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 26495, sezione II, 24 de junio de 2015.

“subjetiva”, en las que no existe un perjuicio patrimonial inmediato, pero sí una explotación del desequilibrio contractual.

c) Elementos objetivos y subjetivos del delito

Desde el punto de vista objetivo, el delito de usura requiere la existencia de un contrato o promesa de préstamo (de dinero o de cualquier otra utilidad) en el que se estipulen intereses o ventajas “usurarias”. La determinación de lo “usurario” se efectúa, en la modalidad real, mediante el *tasso soglia* fijado por la autoridad administrativa competente, que se calcula sumando un margen porcentual al tipo medio de interés aplicado por las entidades financieras.

En la modalidad subjetiva, la usura se configura por la explotación de una condición personal del prestatario: necesidad económica, estado de angustia, debilidad psíquica o inexperiencia. La jurisprudencia ha precisado que la mera situación de necesidad no basta: es necesario que el agente tenga conocimiento de ella y la utilice conscientemente para obtener una ventaja desproporcionada.¹⁵

En cuanto al elemento subjetivo, se trata de un delito doloso, requiriéndose el dolo genérico consistente en la voluntad consciente de obtener un beneficio desproporcionado o superior al límite legal. En las formas agravadas (por ejemplo, cuando el autor ejerce habitualmente la actividad de préstamo o pertenece a la criminalidad organizada), se aplican las circunstancias del artículo 644,

párrafo 5º, que prevén penas significativamente más severas.

Esta estructura permite sancionar tanto al prestamista individual como a las entidades o intermediarios financieros que se sirvan de mecanismos usurarios en su actividad profesional.

d) Tratamiento jurisprudencial del delito de usura en Italia

La jurisprudencia del *Tribunale di Cassazione* ha sido particularmente prolífica en materia de usura, destacando tres líneas interpretativas principales:

1. Delimitación del *tasso usurario*: la *Cassazione penale* ha precisado que el tipo de interés pactado debe compararse con el *tasso soglia* vigente en el momento de la estipulación del contrato, no en el de su ejecución, lo que garantiza la previsibilidad del ilícito.¹⁶
2. Configuración de la usura subjetiva: en la sentencia de 12 de marzo de 2019 (Sez. II, núm. 11488), el tribunal estableció que la explotación de la necesidad puede inferirse de las circunstancias objetivas del caso, como la desproporción notoria entre las prestaciones y la ausencia de alternativas razonables para la víctima.¹⁷
3. Pluralidad de bienes jurídicos protegidos: la jurisprudencia más reciente ha reiterado que el delito de usura tutela “no solo el patrimonio individual, sino

¹⁵ Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 2212, sezione II, 17 de enero de 2017.

¹⁶ Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 1360, sezione unite, 25 febrero de 2002.

¹⁷ Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 11488, sezione II, 12 de marzo de 2019.

también la libertad de decisión y la regularidad del sistema crediticio”.¹⁸

La combinación de estos criterios ha permitido que el artículo 644 CP italiano mantenga una notable operatividad práctica, aplicándose tanto en contextos de criminalidad organizada como en la protección de consumidores frente a prestamistas abusivos.

e) *Valoración doctrinal y su proyección comparada*

La doctrina italiana ha destacado la capacidad del modelo penal de la usura para adaptarse a los cambios económicos y sociales. En este orden de consideraciones, Fiandaca y Musco subrayan que se trata de “una figura paradigmática de los delitos económicos de nueva generación, en los que confluyen la protección del individuo y del sistema”.¹⁹ Por su parte, Grosso y Pelissero destacan que el delito cumple una función de “garantía de igualdad sustancial” dentro de las relaciones económicas, con lo que evita que el mercado financiero se convierta en instrumento de explotación.²⁰

Este enfoque contrasta con la situación española, donde la tutela penal frente a los abusos crediticios se limita a figuras residuales, y la protección del consumidor se confía casi exclusivamente a la normativa civil y ad-

ministrativa. Como veremos, ello genera un desequilibrio entre la efectividad del principio de justicia contractual y el principio de mínima intervención.

4. *La respuesta del Derecho penal español: análisis crítico de la tipicidad penal de la usura*

a) *La ausencia de un tipo penal autónomo y la función de la Ley de 1908*

Es un hecho notorio que el ordenamiento jurídico penal español carece de un delito específico de usura. La Ley de 23 de julio de 1908, aún vigente, fue concebida como una norma civil de carácter tuitivo, destinada a proteger al deudor frente a préstamos leoninos, pero sin prever sanción penal. Su eficacia se limita, por tanto, a la declaración de nulidad y a la restitución de lo indebidamente percibido.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente desde la sentencia de 25 de noviembre de 2015,²¹ citada *ut supra* ha revitalizado el contenido de esta ley en el ámbito civil, aplicándola a los contratos de crédito al consumo, en particular a las tarjetas *revolving*. Sin embargo, esta tendencia jurisprudencial no ha modificado la ausencia de tipicidad penal: incluso en los supuestos más graves de explotación económica, el prestamista sólo se enfrenta a la nulidad del contrato y a la obligación de devolver los intereses.

18 Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 28911, sezione III, 21 de julio de 2021.

19 Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, “Diritto Penale...”, *op. cit.*, p. 427.

20 Carlo Federico Grosso, Marco Pelissero, Davide Petrini y Paolo Pisa, “Diritto Penale...”, *op. cit.*, p. 519.

21 Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, Sala Primera de lo Civil, España, 25 de noviembre de 2015. Resolución 628/2015. <https://vlex.es/vid/588632022>

Como advierte Silvia Sánchez: “la inexistencia de una respuesta penal a las formas graves de usura constituye una anomalía en un sistema que sanciona con rigor otras modalidades de lesión patrimonial menos lesivas”.²²

b) Intentos doctrinales de encaje en los tipos penales existentes

Ante la falta de una figura autónoma, parte de la doctrina ha tratado de subsumir los comportamientos usurarios en otros delitos del Código Penal. El artículo 248 CP (estafa) ha sido el cauce más habitual. Sin embargo, la exigencia de un engaño bastante y de un error causal en la disposición patrimonial excluye la punición de aquellos supuestos en los que la víctima, aun cuando comprende las condiciones del préstamo, se ve compelida por su situación de necesidad a aceptarlas.

También se ha ensayado la aplicación del artículo 250.1.6º CP (estafa agravada por abuso de relaciones personales o de superioridad), pero su tipicidad requiere un elemento relacional que no siempre concurre en los contratos de préstamo. Otros autores han sugerido la posible integración en el delito de coacciones (artículo 172 CP) o de abusos de situación de necesidad (artículo 163 CP), aunque estos encajes resultan forzados desde una perspectiva dogmática.²³

Como concluye Muñoz Conde: “la usura representa un vacío de protección penal: su antijuridicidad material es indiscutible, pero su tipicidad formal es inexistente”.²⁴

c) El principio de intervención mínima y la proporcionalidad penal

Uno de los argumentos más recurrentes en contra de la incriminación autónoma de la usura en España se funda en el principio de intervención mínima. El derecho penal (como *ultima ratio*) debería reservarse a los ataques más graves contra bienes jurídicos de relevancia constitucional, y dejar a los ámbitos civil y administrativo la resolución de conflictos económicos o contractuales.

Sin embargo, esta tesis, aunque correcta en abstracto, debe matizarse a la luz de la evolución contemporánea del derecho penal económico. Como advierte Silva Sánchez: “la expansión del Derecho penal es un hecho, pero no necesariamente un mal si se dirige a espacios de impunidad material que lesionan la confianza colectiva en la justicia del sistema económico”.²⁵ En este sentido, la ausencia de tutela penal frente a conductas usurarias graves (que lesionan tanto el patrimonio como la libertad económica) supone una deficiencia de protección que afecta a la legitimidad del propio sistema jurídico.

22 Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 1999, p. 211.

23 Santiago Mir Puig, “Derecho Penal...”, *op. cit.*, p. 305.

24 Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 443.

25 Jesús-María Silva Sánchez, “La expansión del Derecho Penal...”, *op. cit.*, p. 214.

El argumento de la proporcionalidad tampoco resulta concluyente en contra de la tipificación. Como señala Terradillos Basoco: “no toda criminalización de conductas económicas implica sobrereacción punitiva; la cuestión reside en establecer límites normativos precisos y en reservar la sanción penal a los supuestos más intolerables de explotación”.²⁶ En efecto, un tipo penal bien delimitado, inspirado en el modelo italiano, permitiría sancionar las formas más graves de usura sin criminalizar el riesgo empresarial ni las prácticas financieras legítimas.

En este punto conviene recordar que otros ordenamientos europeos (como el alemán o el francés) contemplan figuras penales específicas destinadas a reprimir la usura o la explotación económica. El § 291 del *Strafgesetzbuch* alemán castiga la obtención de ventajas patrimoniales excesivas mediante la explotación de la necesidad, la inexperiencia o la falta de juicio de otra persona. De forma análoga, el artículo L341-50 del *Code de la Consommation* francés sanciona las prácticas usurarias en el crédito al consumo. No se trata, por tanto, de una excepción italiana, sino de una tendencia consolidada en Europa continental.

5. Argumentos doctrinales a favor y en contra de la tipificación penal específica

a) Fundamentos dogmáticos a favor de la incriminación

Desde una perspectiva dogmática, la tipificación del delito de usura encuentra sustento en la necesidad de tutela del consentimiento libre y en la protección del orden económico justo. La libertad contractual, reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española, se basa en la igualdad de las partes como presupuesto de autonomía. Cuando esa igualdad se ve sustituida por una situación de coacción económica o necesidad, el consentimiento deja de ser libre, y el contrato se convierte en instrumento de dominación.

Autores como Mir Puig han defendido que “la libertad del individuo en el tráfico económico constituye un bien jurídico penalmente relevante cuando su vulneración compromete la equidad estructural del mercado”.²⁷ Desde esta óptica, el delito de usura no sería una simple ampliación del derecho penal patrimonial, sino una manifestación del derecho penal de la libertad económica.

Además, la tipificación permitiría abordar supuestos que hoy quedan impunes, como los préstamos de dinero por parte de particulares o grupos organizados a intereses leoninos, las prácticas abusivas en el crédito rápido o las nuevas formas de usura mediante plataformas digitales y criptoactivos.²⁸

²⁶ Santiago Mir Puig, “Derecho Penal...”, *op. cit.*, p. 329.

²⁸ Véase al respecto Miguel Ángel Fernández-Salinero San Martín, “Las ciberestafas bancarias con componente piramidal cometidas por medio de las tecnologías de la infor-

²⁶ Juan María Terradillos Basoco, “Derecho penal económico”, *op. cit.*, p. 139.

b) Argumentos de política criminal y eficacia social

En el plano político-criminal, la incriminación de la usura podría cumplir una función preventivo-general positiva, lo que refuerza la confianza en la legalidad del mercado financiero. Como sostiene Gómez Tomillo: “el Derecho penal cumple una función de garantía del orden económico, no sólo mediante la sanción, sino también mediante la expresión simbólica de los valores de equidad y transparencia”.²⁹

El ejemplo italiano demuestra que la tipificación penal puede coexistir armónicamente con mecanismos civiles y administrativos y configurar un sistema integral de protección. La aplicación del artículo 644 CP italiano no ha supuesto un aumento desmedido de la criminalización, sino una mejora en la persecución de conductas estructuralmente injustas.

Asimismo, la existencia de un tipo penal autónomo podría reforzar la coherencia sistemática del ordenamiento y evitar que se recurra de manera forzada a tipos como la estafa o la coacción para sancionar hechos que, en su esencia, son de naturaleza usuraria.

c) Críticas doctrinales: riesgo de sobreincriminación y duplicidad normativa

No obstante, la propuesta no está exenta de críticas. Parte de la doctrina, donde destaca Luzón Peña, advierte que “la proliferación de tipos penales económicos puede debilitar la función de garantía del Derecho penal y generar inseguridad jurídica”.³⁰ Desde esta perspectiva, la represión penal de la usura podría solaparse con las competencias del derecho civil y del derecho del consumo, ya suficientemente desarrollados.

Otro argumento contrario se refiere a la dificultad probatoria: determinar cuándo un interés es “usurario” o cuándo existe “expLOTACIÓN de necesidad” podría conducir a una excesiva discrecionalidad judicial. No obstante, esta objeción puede neutralizarse mediante la fijación de criterios objetivos (como el *tasso soglia* italiano) y una cuidadosa delimitación legislativa.

Finalmente, algunos autores invocan el principio de subsidiariedad penal, al sostener que los mecanismos civiles (nulidad y restitución) son suficientes. Pero esta tesis omite que dichos mecanismos carecen de efecto disuasorio y resultan ineficaces frente a operadores clandestinos o criminales que actúan al margen del sistema financiero formal.

mación”, en *Cuestiones actuales sobre derecho penal bancario*, Madrid: Bosch Editor, 2025, pp. 201-234.

²⁹ Manuel Gómez Tomillo, *Derecho penal económico y de la empresa*, Pamplona: Aranzadi, 2022, p. 201.

³⁰ Diego-Manuel Luzón Peña, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Madrid: Dykinson, 2025, p. 212.

d) Experiencias comparadas en Europa

La comparación europea refuerza la idea de que la tipificación penal de la usura no constituye una anomalía. Además de los casos ya mencionados de Alemania y Francia, países como Portugal (artículo 227 CP) y Austria (§ 155 StGB) sancionan penalmente la explotación económica. En todos ellos, el legislador ha reconocido la necesidad de tutelar el equilibrio contractual como elemento del orden económico.

En palabras de Mantovani: “el Derecho penal económico moderno no se limita a reprimir el fraude, sino que interviene allí donde el mercado se convierte en un espacio de desigualdad coercitiva”.³¹

6. Una propuesta de *Lege ferenda*

a) Propuesta de redacción del tipo penal específico que tipifique el delito de usura

Si nos inspiramos en el modelo italiano (artículo 644 del Codice Penale), podría proponerse la inclusión en el Código Penal español de un nuevo artículo 282 bis, dentro del Título XIII (“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”), con el siguiente tenor:

Artículo 282 bis. Delito de usura.

1. El que, aprovechándose de la situación de necesidad, inexperiencia o debilidad de otra persona, obtuviere o hiciere prometer, en contraprestación de un pres-

tamo de dinero u otra utilidad, intereses u otras ventajas patrimoniales notablemente desproporcionadas, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al triple del beneficio obtenido.

2. Incurrirá en la misma pena quien, en el ejercicio habitual de una actividad de préstamo o intermediación financiera, pactare o percibiere intereses que excedan en más de la mitad el tipo medio de mercado vigente.
3. Si el hecho se cometiere mediante intimidación, violencia o pertenencia a alguna organización criminal, se impondrá la pena superior en grado.

Esta formulación combina un criterio objetivo (tipo medio de mercado) y un criterio subjetivo (aprovechamiento de la necesidad), lo que permitiría abarcar las dos dimensiones de la usura: la real y la subjetiva.

b) Criterios de proporcionalidad y política criminal de la propuesta de *Lege ferenda*

Desde el punto de vista penológico, la penalidad propuesta respeta los principios de proporcionalidad y subsidiariedad: se sitúa entre las previstas para la estafa básica (artículo 249 CP) y la estafa agravada (artículo 250 CP), evitando la desmesura punitiva y garantizando una respuesta adecuada a la gravedad del comportamiento.

Desde una perspectiva político-crimeinal, la tipificación reforzaría la confianza en el sistema financiero, permitiría combatir fenómenos delictivos asociados a la criminalidad organizada y protegería eficazmente a los consumidores vulnerables. Además, serviría como base para abordar nuevas modalidades de usura vinculadas a los criptoactivos

³¹ Fernando Mantovani, “Diritto Penale...”, *op. cit.*, p. 318.

y a los préstamos descentralizados, ámbitos donde las prácticas abusivas proliferan sin cobertura normativa adecuada.

Resulta preciso hacer notar que, en España, las modalidades de reclamación de deudas operadas por el conocido como “capital privado” para el recobro de deudas líquidas, vencidas y exigibles resultan, a nuestro juicio, muy expeditivas, y muchas veces transgredoras de los derechos fundamentales de los deudores, a los que se vulnera su honor, intimidad e imagen propia, haciendo pública y notoria su deuda mediante el empleo de cobradores ciertamente mediáticos, hiperbarrocos y sobreactuantes.

7. Conclusiones

Primera. La ausencia en el Derecho penal español de un tipo autónomo de usura genera un vacío de tutela frente a las formas graves de explotación económica, especialmente en el crédito informal y digital.

La evolución del derecho penal económico europeo muestra una tendencia inequívoca hacia la protección integral de los consumidores y deudores frente a los abusos derivados de las relaciones crediticias desproporcionadas o estructuralmente asimétricas. En este contexto, la ausencia en el ordenamiento jurídico español de un tipo penal autónomo de usura representa no sólo una laguna dogmática, sino también una disfunción desde la perspectiva de la política criminal contemporánea. La actual remisión al ámbito civil (a través de la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura) y la subsunción forzada de algunos supuestos bajo la estafa o los delitos contra el mercado financiero del Código Penal no ofrecen una tutela adecuada ni proporcionada frente a conductas que lesionan, de manera especial-

mente intensa, la libertad económica, la dignidad y la igualdad material de las personas endeudadas.

Segunda. El modelo italiano, articulado en torno al artículo 644 del Codice Penale, ofrece una experiencia normativa consolidada que conjuga protección del patrimonio, libertad económica y orden público financiero.

Desde el punto de vista penológico, la tipificación expresa del delito de usura permitiría sancionar con mayor precisión las conductas que, aprovechando la necesidad, ignorancia o inexperiencia del deudor, imponen condiciones de crédito desorbitadas o leoninas. El legislador penal debe atender aquí a la función de protección de bienes jurídicos plurifensivos: no sólo el patrimonio individual, sino también la autonomía de la voluntad, la libertad negocial y, en última instancia, la justicia contractual. Un tipo penal inspirado en el artículo 644 del Codice Penale italiano proporcionaría una respuesta coherente y proporcionada frente a tales abusos, lo que evitaría que las víctimas queden reducidas a la impotencia jurídica ante prácticas que bordean la explotación económica y moral.

Tercera. La tipificación penal de la usura en España no supondría una ruptura con los principios de mínima intervención, sino una adaptación racional del derecho penal a las nuevas realidades económicas.

Asimismo, desde la perspectiva preventivo-general, la introducción de este tipo delictivo reforzaría el principio de ejemplaridad y de confianza en la justicia penal. La visibilización penal de la usura (entendida como el aprovechamiento de la vulnerabilidad económica ajena) tendría un efecto simbólico y disuasorio relevante en un contexto social donde proliferan entidades financieras no

bancarias, prestamistas particulares y plataformas digitales de microcrédito que operan bajo condiciones de intereses exorbitantes y cláusulas abusivas. Así, la sanción penal serviría como advertencia a los operadores del mercado crediticio de que el lucro no puede erigirse en un fin absoluto ajeno a toda consideración ética y jurídica.

Cuarta. La propuesta legislativa de un nuevo artículo 282 bis CP, inspirada en el modelo italiano, permitiría sancionar conductas de aprovechamiento desproporcionado sin criminalizar las actividades crediticias legítimas.

Desde una perspectiva de política criminal, la tipificación específica del delito de usura contribuiría a fortalecer el equilibrio entre represión y prevención, a la vez que integraría la respuesta penal dentro de un marco de justicia económica que protegiera al ciudadano frente al poder financiero desmedido. La realidad demuestra que, en numerosas ocasiones, las entidades o intermediarios que conceden préstamos en condiciones usurarias no se limitan a exigir el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, sino que recurren a métodos de cobro desmedidos, de carácter intimidatorio y, en muchos casos, humillantes. Tales prácticas, de corte hiperbarroco y sobreactuado, suponen una clara intromisión en los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la imagen propia del deudor, especialmente cuando se difunden datos personales o se efectúan reclamaciones mediante mecanismos de coacción moral o exposición pública.

Quinta. La intervención penal, en este ámbito, no debe entenderse como expansión irracional del *ius puniendi*, sino como restablecimiento de la justicia económica frente a la desigualdad y la explotación.

El impacto victimológico de la usura moderna es, por tanto, innegable. El deudor sobreendeudado no sólo soporta una carga económica desproporcionada, sino que también padece un proceso de degradación personal y social que lo coloca en una situación de dependencia y estigmatización. Desde esta óptica, la intervención penal se justifica no como un instrumento de criminalización excesiva de la economía, sino como una medida de justicia correctiva frente a la desigualdad estructural que subyace en las relaciones de crédito abusivas. En este sentido, el derecho penal debe asumir una función garantista y equilibradora, que restituya la confianza de los ciudadanos en el sistema financiero y en el propio Estado de derecho.

La experiencia italiana demuestra que la existencia de un tipo penal autónomo de usura no ha supuesto una hipertrofia del sistema penal, sino una herramienta eficaz para combatir tanto la usura tradicional (de corte mafioso o clandestino) como la usura financiera de mercado. En España, un precepto inspirado en dicho modelo podría contribuir a cerrar la brecha entre moral social y legalidad, lo que reforzaría la legitimidad del derecho penal en su vertiente de protección de la justicia económica.

Sexta. En definitiva, la tipificación penal de la usura como un delito específico dentro del ordenamiento jurídico español, se revela óptima tanto desde el prisma penológico (por su capacidad de reproche ajustada y proporcional) como desde el enfoque preventivo general (por su efecto disuasorio y revalorizador de la ética del crédito). Pero, sobre todo, se justifica desde una visión humanista del derecho penal económico: aquella que coloca a la persona, y no al capital, en el centro de la protección jurídica. Un Estado social y democrático de derecho no puede permanecer

indiferente ante los abusos que narcotizan la libertad económica de los más vulnerables, amparados en la aparente neutralidad de las relaciones crediticias. Por ello, urge un replanteamiento legislativo que incorpore en el Código Penal español un tipo específico de usura, como expresión de un compromiso efectivo con la justicia económica y con la dignidad de quienes, en su necesidad, se convierten en víctimas de la codicia ajena.

8. Referencias

- CP: Codice Penale, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, núm. 251, 19 de octubre de 1930. <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codicePenale>
- Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 5287, sezione unite, 19 de marzo de 2000.
- Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 26495, sezione II, 24 de junio de 2015.
- Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 2212, sezione II, 17 de enero de 2017.
- Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 1360, sezione unite, 25 febrero de 2002.
- Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 11488, sezione II, 12 de marzo de 2019.
- Corte Suprema di Cassazione, sentenza núm. 28911, sezione III, 21 de julio de 2021.
- FERNÁNDEZ-SALINERO SAN MARTÍN, Miguel Ángel, “Las ciberestafas bancarias con componente piramidal cometidas por medio de las tecnologías de la información”, *Cuestiones actuales sobre derecho penal bancario*, Madrid: Bosch Editor, 2025, pp. 201 a 234.
- FIANDACA, Giovanni y Enzo MUSCO, *Diritto Penale. Parte speciale*, Bologna: Zanichelli, 2015.
- Gaceta de Madrid, núm. 206, 24 de julio de 1908.
- GROSSO, Carlo Federico, Marco PELISSERO, Davide PETRINI, Paolo PISA, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2017.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Derecho penal económico y de la empresa*, Pamplona: Aranzadi, 2022.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Madrid: Dkinson, 2025.
- MANTOVANI, Fernando, *Diritto Penale. Parte Speciale*, Padova: Cedam, 2024.
- MARINUCCI, Giorgio y Emilio DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, Italia: Giuffrè, 2021.
- MGJ: Ministerio de Gracia y Justicia, Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, *Gaceta de Madrid*, núm. 206, España: MGJ, 24 de julio de 1908. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1908-5579>
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Reppertor, 2021.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, Sala Primera de lo Civil, España, 25 de noviembre de 2015. Resolución 628/2015. <https://vlex.es/vid/588632022>
- Sentencia del Tribunal Supremo 149/2020, Sala Primera de lo Civil, España, 04 de marzo de 2020. Resolución 149/2020. <https://vlex.es/vid/840987668>
- Sentencia del Tribunal Supremo 258/2023, Sala Primera de lo Civil, España, 15 de febrero de 2023. Resolución 258/2023. <https://vlex.es/vid/923725156>
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 1999.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Derecho penal económico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

Sistemas de resarcimiento del daño en vía penal

Fundamentos, modelos y perspectivas de reflexión

*The System of Restitution to the Victim in Criminal Law
Basis, Models, and Points of Perspective for Reflection*

• **José Antonio Posada Pérez** •

Profesor de Derecho penal
Universidad Internacional de La Rioja
Universidad de Sevilla
joseantonio.posada@unir.net
jposadap@unir.net

Sistemas de resarcimiento del daño en vía penal
Fundamentos, modelos y perspectivas de reflexión

*The System of Restitution to the Victim in Criminal Law
Basis, Models, and Points of Perspective for Reflection*

• José Antonio Posada Pérez • Universidad Internacional de La Rioja •

Fecha de recepción
5-11-2025

Fecha de aceptación
17-11-2025

Resumen

Este trabajo analiza las distintas perspectivas sobre el papel del resarcimiento del daño en la vía penal, explorando modelos que lo consideran como una función reparadora, punitiva o preventivo-punitiva. Se discuten las ventajas y críticas asociadas a cada enfoque, con énfasis en el debate acerca de si el resarcimiento debe limitarse a reparar el daño o incorporar elementos sancionadores que puedan contradecir los principios del derecho penal y civil. Además, se reflexiona sobre las implicaciones jurídicas, doctrinales y constitucionales de adoptar diferentes modelos en el contexto del derecho español y comparado.

Palabras clave

Reparación del daño, derecho penal, modelo político-criminal, derecho comparado, delito.

Abstract

This paper analyzes the different perspectives on the role of compensation for damage in criminal proceedings, exploring models that consider such compensation as a reparative, punitive, or preventive-punitive function. It discusses the advantages and criticisms associated with each approach, emphasizing the debate over whether compensation should be limited to repairing the harm or incorporate punitive elements that may contradict the principles of criminal and civil law. Furthermore, it reflects on the legal, doctrinal, and constitutional implications of adopting different models within the context of Spanish and comparative law.

Keywords

Reparation, criminal law, criminal policy model, comparative law, crime.

Sumario

1. Introducción. / 2. La responsabilidad civil derivada de delito. / 3. Las penas privadas y la *riparazione* en la experiencia italiana. / 4. El modelo alemán de la tercera vía (AE-WGM). / 5. Acerca del modelo: ventajas y desventajas / 6. Reflexiones ulteriores. / 7. Referencias.

1. Introducción

Debatir hoy sobre los modelos de resarcimiento a la víctima en sede criminal equivale directamente a reflexionar sobre la actualidad de los principios que fundamentan la intervención penal y, a grandes rasgos, sobre la articulación de nuestros sistemas punitivos. Por lo tanto, el objeto científico de esta contribución no es otro que la reflexión sobre el papel que ocupa, o que debería ocupar, el resarcimiento del daño *lato sensu* en la vía penal. Sobre la cuestión, es ampliamente conocido el hecho de que la estructura, funciones, contenidos y los mismos fundamentos del derecho penal moderno, en perspectiva histórica, nacen precisamente con la alienación de la víctima del delito ante la respuesta del sistema penal. A partir de una asunción exclusiva y excluyente del *ius puniendi* por parte del Estado en régimen monopolístico, éste se atribuye la completa regulación del tratamiento de la actividad criminal, desplaza a la víctima a un segundo plano y concentra su atención sobre el autor del delito. De esta forma, y a partir de esta premisa básica, indicamos que el objetivo específico de esta pequeña contribución es realizar una sintética presentación de varios modelos político-criminales de carácter

resarcitorio que representan o han representado un importante impacto en el derecho positivo de los países de nuestro entorno o incluso en la doctrina internacional.

Por nuestra parte, nos ocuparemos aquí de contrastar tres experiencias contemporáneas en materia de resarcimiento del daño en vía criminal: la responsabilidad civil derivada de delito, el sistema de penas privadas y la *riparazione* en la experiencia italiana, así como el modelo alemán de la tercera vía o proyecto alternativo de 1992 (AE-WGM). Subrayaremos sus correspondientes caracteres esenciales, sus ventajas y desventajas, y presentaremos asimismo las bases históricas e *iusfilosóficas* que fundamentan cada modelo. Finalmente, aportaremos algunas reflexiones personales a la luz de todo lo expuesto.

2. La responsabilidad civil derivada de delito

a. Bases históricas e *iusfilosóficas*

En primer lugar, los sistemas de responsabilidad civil derivada de delito, o *ex delicto*, pueden ser relacionados, en perspectiva histórica, a la arcaica distinción romana entre los crímenes (es decir, lesiones al interés co-

mún) y los *delicta* (violaciones u ofensas del interés privado), la cual se encontraba ya en las XII Tablas.¹ Con el transcurrir de los siglos, ambas esferas de responsabilidad, frente al interés colectivo o común y ante el interés particular o privado, variarían entre sí y tomarían forma gradualmente. No obstante, ambas esferas, que hoy ciertamente somos capaces de distinguir de una manera más o menos nítida, eran constantemente entremezcladas durante este largo periodo hasta que finalmente se plasmó una diferenciación que sentaría las bases de nuestro pensamiento actual.² Así pues, la primera referencia universal para nuestra concepción moderna de responsabilidad civil es el Código Napoleónico de 1804.

Desafortunadamente, en lo que respecta al sistema de nuestro interés, es decir, a la responsabilidad civil derivada de delito, ésta tardaría aún un tiempo en normativizarse. En el caso de España, esta responsabilidad sería introducida en el ordenamiento a través del Código Penal de 1822, el primero de nuestra historia, como consecuencia jurídica *lato sensu* del delito. El sistema *ex delicto* se basaba en un razonamiento a fortiori según el cual, si se verifica la validez/existencia de una hipótesis mayor, puede admitirse igualmente como válida/existente una hipótesis menor. Es decir, si un hecho genera responsabilidad penal, también generará igualmente responsabilidad civil ya que —obvia decirlo—, los presupuestos del nacimiento de la respon-

sabilidad penal son/eran más estrictos que los de la responsabilidad civil. Este modelo, por otro lado, se basa en los postulados utilitaristas de Bentham, a través de los cuales se defiende la necesidad de obtener, con cada acción o decisión, el máximo beneficio para el mayor número de personas y, a su vez, que con esa misma acción también se garantice haber reducido al máximo el daño o mal que se pueda ocasionar —procurando, entonces, afectar negativamente en la menor medida posible al menor número de personas y debiendo reconocer, desafortunadamente, que toda acción/decisión traerá siempre consigo tanto beneficios como perjuicios—.

Haciendo entonces una lectura jurídica de este presupuesto, ello resultaría en que, si se toma el mismo *factum* como punto de partida, podría llegar a obtenerse no sólo una condena penal, sino también una civil. Entonces, al acumular estas dos acciones en un mismo proceso se garantizaría el máximo beneficio para los principales sujetos interesados en la buena marcha de los correspondientes procesos, el Estado y los perjudicados o víctimas y, asimismo, se reduciría el perjuicio ocasionado a estos últimos, pues no tendrían que acudir a un segundo proceso para hacer valer sus intereses.

Sobre la acumulación de acciones, resulta de interés señalar que, hasta la publicación del Código Civil español, en 1889, la responsabilidad civil (*rectius*, derivada de delito) estuvo regulada exclusivamente en el Código Penal y llegó a pasar por hasta tres Códigos Penales, el de 1822, el de 1848 y el de 1870.

En cualquier caso, y más allá del debate sobre si la responsabilidad civil debe seguir hoy contenida en el Código Penal, debemos resaltar que este modelo no se encuentra normativizado únicamente en el ordenamiento español, sino que también puede encontrarse en otros ordenamientos de nuestro entorno

¹ Miguel Ángel Bermejo Castrillo, *Responsabilidad civil y delito en el derecho histórico español*, Madrid: Dykinson, 2016, pp. 64-66.

² Vid. José Antonio Posada Pérez, *La responsabilidad civil ex delicto*, Navarra: Aranzadi, 2022, pp. 27 y ss.

más cercano, como en Francia (vid. artículos R131-45 del CP francés y 2 Código Procesal Penal francés), Portugal (vid. artículo 129 del CP portugués) e Italia (artículo 185 y ss. del CP italiano). Del mismo modo, si se conoce la influencia legislativa que España ejerció en el continente americano, no es de extrañar que actualmente la mayoría de los ordenamientos de esta región mantengan este modelo acumulativo, ni que muchos de sus Códigos Penales aún incluyan la expresa referencia a la responsabilidad civil.³

- 3 Al respecto, es importante resaltar las breves notas que aportó Luis María Díaz Valcárcel, “Responsabilidad civil derivada del delito (I)”, *Revista de Derecho Judicial*, núm. 4, 1960, p. 31, quien dividió los sistemas latinoamericanos entre aquellos que dan amplias reglas particulares para la responsabilidad civil en vía penal, los cuales constituyen la mayor parte de los ordenamientos, y aquellos que dictan reglas muy escuetas o bien se limitan a remitir la cuestión a la legislación civil. Aunque algunos ordenamientos han replanteado la cuestión, la distinción propuesta es apropiada. Como claros ejemplos del primer grupo pueden consultarse los artículos 87 a 93 del CP boliviano, 34 a 52 del CP nicaragüense, 114 a 125 del CP salvadoreño, 113 a 127 del CP venezolano, 112 a 122 del CP guatemalteco, 92 a 101 del CP peruano y 118 a 127 del CP hondureño. De otra parte, como ejemplos del segundo grupo, véanse los artículos 30 a 33 del CP argentino, 94 a 99 del CP colombiano, 103 a 109 del CP costarricense, 128 a 130 del CP panameño, artículos 10, 51, 73 y 74 del CP dominicano, 104 a 106 del CP uruguayo y 27 a 30 del CP paraguayo. También en esta línea, como ejemplos de legislaciones en las que no hay un tratamiento unitario de la responsabilidad civil *ex delicto* en el Código Penal y que remiten la cuestión al Código Ci-

vil a través de la legislación procesal, pueden verse los artículos 58 a 68 del Código Procesal Penal chileno y 63 a 68 Código Procesal Penal brasileño. Por otro lado, Díaz Valcárcel identificó, además, un tercer grupo, formado por aquellos que han incorporado normas inspiradas en la doctrina de la escuela positiva, para reforzar el cumplimiento de la responsabilidad civil. Véanse los artículos 70 a 71 del CP cubano y 29 a 39 del CP Federal mexicano. En este sentido, quizás la referencia más singular sea la normativa mexicana, que recibe unos pronunciados tintes punitivistas en su tratamiento, más cercanos a la sanción pecuniaria que a la responsabilidad civil propiamente dicha. Al respecto, *vid.* el debate sobre la cuestión entre dos académicos mexicanos publicado en Teófilo Olea y Leyva y José María Ortiz Tirado, *El resarcimiento del daño a la víctima del delito*, Ciudad de México: Jus, 1945. Aprecia la influencia de la doctrina de la escuela positiva en este último texto legal Kurt Madlener, “La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal”, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1989, p. 16. De alguna forma, lo cierto es que también el CP italiano participa de ese interés positivista por garantizar la reparación a la víctima —aunque quizás no de forma tan evidente como los últimos ejemplos—, *vid.* los artículos 192, 193 y 194 del CP italiano, que contemplan expresamente la ineeficacia de los actos jurídicos realizados por el culpable antes y después de la comisión del delito. *Vid.* los comentarios de Mario Romano, “Art. 192”, en *Commentario sistemático del Codice Penale*, 3 (art. 150-240), Giovanni Grasso y Tullio Padovani, *Commentario sistemático del Codice Penale*, Milán: Giuffrè, 2011, pp. 382 y ss; Mario Romano, “Artículo 193”, pp. 387 y ss; Mario Romano, “Artículo 194”,

Todos los ordenamientos citados —puede comprobarse— participan de una concepción jurídica reconducible a la mencionada base romanista.

b. Carácteres definitorios

Por lo expuesto en el apartado anterior, es fácilmente identificable el rasgo más característico del modelo de reparación basado en el sistema de responsabilidad civil *ex delicto*: la acumulación de acciones. Efectivamente, el rasgo fundamental del modelo es la sustanciación de la acción penal pública y la acción reparatoria privada en un mismo proceso penal, basado, a su vez, en razones no sólo utilitarias, sino también en la economía procesal.⁴

Desde este trascendental punto de partida, el modelo se construye sobre la base de una definición y delimitación normativa entre responsabilidades civiles y penales, las cuales, por su parte, se diferencian entre ellas en todos y cada uno de sus elementos distintivos, tanto dogmáticos como procesales.⁵

pp. 389 y ss. En todo caso se garantizan los derechos de terceros aportando un artículo que reenvía a la normativa civil, *vid.* Mario Romano, “Artículo 195”, pp. 392-393. Finalmente, en el marco de la reparación del daño en el contexto latinoamericano, no quisiéramos concluir este apartado sin mencionar los peculiares y novedosos artículos 77 a 79 del CP ecuatoriano, que apuestan claramente por un modelo reparatorio que supera las notas características de la clásica responsabilidad civil *ex delicto*.

⁴ Jesús María Silva Sánchez, “*¿Ex delicto?* Aspectos de la llamada ‘responsabilidad civil’ en el proceso penal”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 2001, p. 3.

⁵ *Vid.* recientemente, Marta Pantaleón Díaz,

Ante todo, viene subrayado que el modelo de resarcimiento *ex delicto* es una institución completamente privada. Hoy son pocos los autores que defienden en doctrina una posición contraria a esta tesis.⁶

De cualquier manera, en lo que respecta a los problemáticos aspectos del nacimiento de esta responsabilidad, se puede constatar cómo la llamada responsabilidad civil “derivada de delito” no proviene realmente del delito, ni en un sentido formal ni en uno material.⁷ La responsabilidad civil *ex delicto* no nace de éste, sino, en sentido amplio, del ilícito civil —noción que, a su vez, se integra fundamentalmente por el concepto de daño—. No en todos los casos en los que encontremos una responsabilidad penal vendrá asimismo configurada una responsabilidad civil y, del mismo modo, no en todos los casos en los que se genere una obligación de responder

Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada, Madrid: Marcial Pons, 2022, *passim*.

⁶ Sobre el debate y las diferentes posturas, José Antonio Posada Pérez, *La responsabilidad civil ex delicto*, Madrid: Aranzandi, 2022, *op. cit.*, pp. 179 y ss.

⁷ Así, a título de ejemplo debido a su clarísima sistematicidad, algunos artículos del CP español hacen importantes excepciones a la regla general que equipara responsabilidad civil y penal (artículos 109 y 116 del CP). Por ejemplo, la obligación del tercero de restituir el bien, aunque lo haya adquirido legalmente y en buena fe (artículo 111 del CP), la responsabilidad expresa de los aseguradores (artículo 117 del CP), las múltiples excepciones (artículos 118 y 120 del CP) a la regla general de responsabilidad ya mencionada, así como la responsabilidad del partícipe a título lucrativo (artículo 122 del CP).

civilmente habrá una responsabilidad penal. Son dos tipos de responsabilidad ampliamente diferenciadas entre sí a causa de sus características y presupuestos generadores. No obstante, la norma jurídica que prevé la creación de una responsabilidad civil derivada de un delito exige, como norma general y en amplios términos, la verificación de un ilícito civil en el ámbito de unos hechos previamente subsumidos en un ilícito penal. Recordemos sobre ello que consecuencialidad o simultaneidad no equivalen a la causalidad y menos a la causalidad jurídica.⁸

El contenido del modelo, es decir, las prestaciones que pueden adoptarse para resarcir el daño ocasionado, se presentan de forma muy taxativa en este sistema. En el caso del ordenamiento español, el contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* (artículo 100 del CP), se identifica con la restitución de la cosa (artículo 111 del CP), la reparación del daño (artículo 112 del CP) y la indemnización del perjuicio (artículo 113 del CP). Ello ha sido ampliamente criticado, ya que las opciones que se habrían podido adoptar en el caso de que los mismos hechos se hubieran enjuiciado en vía civil se reducen sensiblemente.⁹ También en ese sentido, siempre llama la atención el hecho de que una institución de naturaleza civil sea sustantivada en un proceso penal. Por ello, con base en este hecho, los penalistas se preguntan frecuentemente si esta responsabilidad civil *ex*

delicto asume o está llamada a asumir alguna función político-criminal. Desde nuestro punto de vista, y como ya adelantábamos, el sistema *ex delicto* no asume ni representa por sí solo ninguna función político-criminal propiamente dicha en este sentido, ya que el modelo no está concebido penalmente ni recibe un tratamiento jurídico explícitamente vinculado a las bases del derecho penal —aunque subsidiariamente se le pretendan atribuir funciones político-criminales—.

En realidad, vale la pena subrayar que las reformas más recientes en esta materia han incentivado siempre la reparación *lato sensu* del daño ocasionado por el delito, reconociéndoles beneficios penales y/o penitenciarios a quienes cumplen con ella. Sin embargo, más allá del importante hecho de que junto a este “cumplimiento” vienen reclamados varios requisitos para su operatividad, todos los efectos penales y penitenciarios atribuidos a la reparación se basan en un concepto de resarcimiento que no coincide necesariamente con los contenidos y postulados propios de la responsabilidad civil *ex delicto* —a pesar de que se tome su cumplimiento como primera referencia en esta línea—.¹⁰ El núcleo del requisito relativo a la satisfacción del resarcimiento del daño para conceder los citados beneficios no se basa únicamente en el hecho de haber cumplido con la obligación civil *ex delicto* por completo, sino fundamentalmente en el esfuerzo del sujeto por reparar el daño ocasionado o disminuir sus efectos.¹¹

8 José Antonio Posada Pérez, “El nacimiento de la responsabilidad civil derivada de delito”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 69, enero–marzo, 2023, pp. 55 y ss. <https://repositorio.ual.es/handle/10835/17402>

9 Ya se encuentra este argumento en Antonio Quintano Ripollés, *Curso de Derecho Penal*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, p. 551.

10 *Vid.* sobre el argumento, José Antonio Posada Pérez, “Acerca de los modelos político-criminales de reparación a la víctima: la responsabilidad civil *ex delicto* versus la reparación penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid: Dykinson, 2022, pp. 196 y ss.

11 Así, por ejemplo, respecto a la atenuante de

reparación del daño, *vid.* artículo 21 5.^a del CP: “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos [...]”; también, para personas jurídicas, *vid.* artículo 31 bis.1.c: “Haber procedido [...] a reparar o disminuir el daño causado por el delito”. En cuanto a la suspensión de la pena, *vid.* artículo 80.1, 2º párrafo: “Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas” (CP: Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, 23 de noviembre de 1995. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2024. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2024-118). También en lo que respecta a la clasificación al tercer grado, *vid.* artículo 72.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP): “La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá [...] que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición” (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Peni-

c. Acerca del modelo: ventajas y desventajas

En este contexto y en congruencia con todo lo expuesto hasta ahora, puede resaltarse que la mayor ventaja que presenta este modelo es precisamente facilitar al perjudicado la obtención del resarcimiento del daño sufrido, evitándole tener que recurrir a otro procedimiento —de carácter civil—. Además, el modelo tiene una base dogmática muy sólida y se encuentra bien enraizado en nuestros sistemas jurídicos.

Sin embargo, también es merecedor de importantes críticas. Desde el exclusivo interés de nuestra disciplina, la crítica más básica no es otra que la ausencia de una utilidad y planteamientos teóricos basados en el derecho penal. Efectivamente, como ya decíamos, el modelo *ex delicto* no está concebido penalmente ni recibe un tratamiento jurídico explícitamente vinculado a las bases del derecho penal. Todo ello a pesar de que, subsidiariamente, se le intente atribuir funciones político-criminales sin una clara base jurídica. Por lo tanto, deberíamos preguntarnos si, más allá de la acumulación procesal, el resarcimiento debería tener alguna importancia en los procedimientos punitivos.

Igualmente, las peculiaridades del derecho civil son totalmente irrelevantes para el derecho penal —aun si se admite la relevancia social o sancionatoria del resarcimiento del daño ocasionado—. En este sentido, podríamos citar expresamente la condena civil a terceros no involucrados en los hechos o la de los penalmente irresponsables. ¿Qué sen-

tenciaria, Boletín Oficial del Estado, núm. 239, 5 de octubre de 1979. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/09/26/1/con>.

tido tiene reconocer responsabilidad civil en los casos en los que no hay responsabilidad penal y, en consecuencia, no se tutela el interés público, sino el enteramente privado? Es más, ¿por qué se condena o atribuye responsabilidad civil a terceros no involucrados en los hechos? ¿Es razonable para el derecho penal que un tercero resarza civilmente y que los beneficios penales o penitenciarios los obtenga el mismo autor del delito?

Por lo demás, ¿es el proceso penal el contexto apropiado para promover acuerdos o condenas privadas entre deudores y acreedores? Ello pareciera constituir un planteamiento que se ubica fuera de las funciones propias del proceso penal. Ciertamente, si sólo se solicita el resarcimiento del daño, con toda probabilidad será más conveniente recurrir a un proceso civil, por ejemplo, en casos de responsabilidad objetiva o por culpa presunta. Asimismo, en el proceso penal, los hechos probados no vendrán reconstruidos con particular atención en las pretensiones privadas, sino con base en el interés mismo del delito. Además, es posible que el daño por el que se solicita el resarcimiento se encuentre fuera de la esfera penal y, en consecuencia, no sea resarcido en este proceso. Finalmente, son bien conocidos por todos los abusos que se hacen en los procedimientos penales de la acción privada, que obligan al autor del delito a cumplir con sus obligaciones civiles bajo la amenaza de la respuesta penal legalmente prevista.¹²

12 Aborda ampliamente este tema Mariano Yzquierdo Tolsada, “Querellas chantajistas y derecho civil light”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 15, 2005, *passim*.

3. Las penas privadas y la *riparazione* en la experiencia italiana

a. Bases históricas e *iusfilosóficas*

En segundo lugar, en lo que respecta a la llamada “huida hacia las penas privadas” en el ámbito penal, debemos indicar que el origen histórico de esta idea de responsabilidad de carácter punitivo ante sujetos privados puede encontrarse nuevamente en el antiguo derecho romano.¹³

Ya en nuestro sistema de derecho civil moderno se conoce que toda acción injusta tiene como consecuencia general la imposición de prestaciones o declaración de inexistencia, nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución de actos o negocios jurídicos.¹⁴ En nuestro caso particular, la constatación del ilícito civil tiene como consecuencia la imposición de la obligación de repararlo. Por lo tanto, el contenido material de la responsabilidad civil se identifica con una obligación concreta de resarcimiento, de compensación del daño ocasionado o sufrido. Es una institución que forma parte del derecho de obligaciones y que pretende equilibrar el daño causado con el contenido mismo de la prestación obligatoria. La responsabilidad civil está basada en el principio de reparación integral del daño causado —artículo 1106 del Código Civil (cc)—. A diferencia de la san-

13 Así, por todos, Margarita Fuenteseca Degegneffe, “*Poena privata, poena criminis* y responsabilidad civil derivada del delito”, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Civitas, 2005.

14 Por todos, Valentín Silva Melero, “Ilicitud civil y penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 11, 179, 1946, p. 7.

ción penal, la responsabilidad civil no es una sanción propiamente dicha, sino que pretende resarcir el daño previamente ocasionado.¹⁵ Su función sería esencialmente compensatoria o reparatoria. Por el contrario, la sanción en sí misma no resarce nada, ya que no tiene el contenido obligatorio característico de las consecuencias jurídicas civiles.¹⁶ A pesar de todo ello, es cierto que el derecho comparado y algunos sectores de la doctrina han intentado atribuir otras funciones al resarcimiento del daño, además de la mencionada finalidad reparatoria o compensatoria. No obstante, más allá del debate sobre las referidas funciones, también es cierto que el problema de las penas privadas puede ser reconducido a este argumento. Por su parte, las penas privadas son un tema alejado de la tradición jurídica continental. En España han recibido escasa atención por lo general, al menos hasta tiempos relativamente recientes, mientras que, por el contrario, la doctrina italiana ha mostrado un profundo interés por la temática de manera apreciablemente constante.¹⁷

b. *Carácter esenciales*

Ante todo, se acentúa que el ejemplo paradigmático de pena privada son los llamados *punitive damages* en el derecho anglosajón.¹⁸ De la misma forma, en contraste con la visión compensatoria, la característica transversal (incluso única) de este modelo es su naturaleza ultra-compensatoria.

La primera cosa que salta a la vista es precisamente el nomen iuris de la institución, que a nuestros ojos pudiera parecer un oxímoron, una contradicción en sí misma.¹⁹ Naturalmente, la pena es, de acuerdo con nuestra concepción histórico-jurídica, pública por definición. ¿Por qué se añade entonces el adjetivo “privada” para completarla? ¿Qué es una “pena privada”? La verdad es que, hasta donde hemos podido averiguar, no existe una definición unívoca, ni tampoco unas características comunes plenamente consolidadas, debido precisamente a la carencia de unos fundamentos dogmáticos sólidos. Se trata, como decíamos, de una figura totalmente ajena a nuestra concepción del derecho y, en particular, a nuestra noción de “pena”. Es por este motivo que, junto con

¹⁵ Cesare Massimo Bianca, *Diritto civile*, vol. 5 (La responsabilità), Milán: Giuffrè, 2021, p. 553. Sobre la corrección del término “sanción”, José Antonio Posada Pérez, “La responsabilidad civil *ex delicto*”, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

¹⁶ Francesco Carnelutti, *Il danno e il reato*, Milán: Antoni Milani, 1926, pp. 44-46; Francesco Tagliarini, “Il risarcimento del danno da reato (Profili storici ed evoluzione attuale)”, *L'Indice Penale*, 1973, p. 483.

¹⁷ *Vid.* las ya clásicas obras de GianGuido Scalfi (coord.), *Le pene private*, Milán: Giuffrè, 1985; Enrico Moscati, “Pena privata”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. 32, Milán: Giuffrè, 1982. Más recientemente, Alberto Gargani, “Illecito civil punitivo”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán: Giuffrè, 2017; Maria Grazia Baratella, *Le*

pene private, Milán: Giuffrè, 2006; Francesco Quarta, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

¹⁸ Aportando una visión de derecho comparado, Vincenzo Zeno-Zencovich, “Il problema della pena privata nell’ordinamento italiano un approccio comparatistico ai “punitive damages” di “common law””, *Giurisprudenza Italiana*, 1985, *passim*.

¹⁹ Así lo reconoce Francesco Busnelli, “Verso una riscoperta delle “pene private”?”. GianGuido Scalfi (coord.), *Le pene private*, Milán: Giuffrè, 1985, p. 3.

algunas voces doctrinales, consideramos que el concepto de “pena privada” no es más que una noción que designa a algunas figuras que no pueden ser explicadas de forma satisfactoria²⁰—a partir de nuestra separación entre la sanción y la consecuencia civil—. Desde nuestro punto de vista, se trata de un concepto realmente abstracto, muy genérico y vacío de contenido, como veremos a continuación. Quizás la definición más completa la haya proporcionado Bianca, quien ha subrayado que la pena privada es:

[...] la consecuencia jurídica de carácter punitivo que se caracteriza como privada por su fuente o aplicación. La pena privada —continúa el autor—, es la consecuencia jurídica punitiva prevista por un acto negocial o infligida por un sujeto privado en virtud de un poder punitivo.²¹

Pasemos ahora a delimitar sus caracteres principales uno a uno.

En primer lugar, la pena privada es descrita como una consecuencia jurídica punitiva o afflictiva, aunque, hasta donde nos alcanza el conocimiento, esta característica no ha sido desarrollada por la doctrina más allá de su enunciación. Así pues, ¿qué debe entenderse por punitivo o afflictivo en el contexto del derecho privado? No hemos sido capaces de encontrar una respuesta clara que, en tal sentido, nos permita diferenciar la presunta característica respecto a los demás institutos o sectores del ordenamiento jurídico a los que se le asigna esta función. Entonces,

¿cuál es esta característica y cuáles son los castigos? Por nuestra parte, entendemos que la naturaleza punitiva se configuraría como la imposición de una obligación civil cuya finalidad supera notablemente la naturaleza resarcitoria pura. De la misma forma, sostendemos que las penas en sí mismas, al menos en nuestro sistema, sólo pueden consistir en sanciones económicas, ya que el artículo 25.3 de la Constitución Española (CE) impide a la administración civil imponer sanciones que comporten privación de libertad, por lo que, a mayor razón, los sujetos privados tampoco podrían imponerlas.

En segundo lugar, ¿en qué se diferencia de la pena pública? Sobre ello, la doctrina más reciente ha aclarado que, más que penas privadas, resulta más apropiado hablar de “poder punitivo de los sujetos privados”, ejercitado frente a otro sujeto directamente por ellos o a través de la autoridad judicial.²² Aquí se encuentra otra de las características fundamentales de las penas privadas. La naturaleza punitiva de la que se ha hablado en el párrafo precedente viene ejecutada para la tutela de intereses privados, es decir, a beneficio del propio perjudicado y no de la colectividad.²³ Este hecho contrasta diametralmente con el desarrollo jurídico de la responsabilidad penal y civil y choca frontalmente con el estado de la ciencia de tan clara separación. La pena

²⁰ Enrico Moscati, “Pena privata”, *op. cit.*, “Premesse generali”, párr. 1º.

²¹ Cesare Massimo Bianca, “Diritto civile”, *op. cit.*, pp. 277-278.

²² Maria Grazia Baratella, “Le pene private”, *op. cit.*, p. 5.

²³ Franco Bricola, “La riscoperta delle ‘pene private’ nell’ottica del penalista”, *Le pene private*, Milán: Giuffrè, 1985, pp. 29-30; Giovanni Bonilini, “Pena privata e danno non patrimoniale”, en *op. cit.*, pp. 308-309; Enrico Moscati, “Pena privata”, *op. cit.*, “Profili ricostruttivi”, párr. 3º.

es pública porque se responde ante la comunidad, la responsabilidad civil es privada porque se responde ante un sujeto privado. Por otro lado, en tercer lugar, ¿cuál sería la génesis del castigo? Se ha dicho que la fuente puede ser un acto contractual o un poder punitivo que ostente la parte privada. En tal sentido, la doctrina ha propuesto la distinción entre sanciones privadas por incumplimiento o sanciones privadas a causa del ilícito.²⁴

En cuarto lugar, ¿cómo deberían ser graduadas? Hemos dicho anteriormente que, en el caso de la responsabilidad civil, ésta viene regulada según el daño efectivamente ocasionado. Por lo tanto, a mayor daño, mayor será la responsabilidad civil. Al contrario, en los institutos represivos, incluidas las sanciones privadas, la atención se desplaza fundamentalmente hacia la culpabilidad o reprochabilidad del comportamiento del sujeto. Con base en las características de las penas privadas, ¿cómo se debería reaccionar si el daño es mínimo y el comportamiento reprochable? Se entiende que en este supuesto la pena privada vendría aplicada de forma muy severa, pero aun así, ¿no se supone, en tal caso, que para ello ya existe un derecho sancionatorio penal o administrativo? ¿Y en el supuesto de un daño máximo y de un comportamiento poco o nada reprochable? En tal caso tendremos que admitir que la pena privada tendría poco que decir y probablemente mucho la propia responsabilidad civil.

En quinto lugar, ¿están sujetas las penas privadas a algún tipo de control o de principios fundamentadores? De acuerdo con Bricola, las penas privadas no cuentan con vínculos estrictos en lo que a las fuen-

tes se refiere, ya que presentan un requisito menos acentuado de tipicidad y taxatividad.²⁵ En tal sentido, el citado autor se reafirma en sostener que una proliferación de este tipo de sanciones civiles permite configurar el rol de *ultima ratio* del derecho penal.²⁶ Por nuestra parte, sin embargo, entendemos que este planteamiento no es completamente conforme a la correcta comprensión del mencionado principio, al menos de acuerdo con la conceptualización que se realiza de él en el ordenamiento español, con base en sus fundamentos constitucionales. El derecho penal es efectivamente *ultima ratio*, pero ello no implica que su función punitiva deba ser asignada a otras ramas del derecho que no tienen esta función. La función punitiva del derecho penal no debería ser atribuida al derecho privado en nombre de la *ultima ratio*, pues ello nos resulta una invocación un tanto abusiva de este principio. Ciertamente, los mecanismos alternativos al derecho penal serán siempre bienvenidos, pero en caso de que sea necesario acudir a éste, se deben respetar las garantías propias de un Estado social y democrático de derecho. Téngase presente que, de admitirse la inclusión de penas privadas en nuestro ordenamiento, no serían aplicables, o serían reconsiderados, los clásicos principios constitucionales que limitan el derecho sancionador: personalidad, tipicidad, irretroactividad, prohibición de la analogía y proporcionalidad, entre otros, los cuales son garantías necesarias para el ciudadano.

24 Maria Grazia Baratella, “Le pene private”, *op. cit.*, p. 9.

25 Franco Bricola, “La riscoperta delle ‘pene private’ nell’ottica del penalista”, *op. cit.*, p. 33.

26 Franco Bricola, “La riscoperta delle ...”, *op. cit.*, p. 32.

Si profundizamos en esta última puntuación, podemos comprobar cómo el artículo 25.1 de la CE señala expresamente que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.²⁷ Por lo tanto, y según nuestra Constitución, no cabe condenar o sancionar fuera de las exigencias del principio de legalidad, es decir, que la conducta debe tipificarse expresamente como delito, falta o infracción administrativa para que ésta pueda ser castigada. Se trata de un principio de rigurosa formalidad jurídica, que constituye la llamada “garantía criminal” —*nullum crimen sine lege*—.

Ahora bien, no sólo es necesario que tal comportamiento constituya delito, falta o infracción administrativa formalmente, sino que, además, es necesario que las consecuencias jurídicas previstas en la norma sancionadora, así como su aplicación, estén revestidas de las garantías propias del derecho sancionador, penal o administrativo. Esta segunda parte recibe el nombre de “garantía penal” o sancionatoria —*nulla poena sine lege*—. Sin embargo, pareciera que el ordenamiento italiano no resulta tan riguroso o estricto en la protección constitucional del principio de legalidad, al menos en la literalidad de sus preceptos y particularmente respecto a la garantía criminal. Así, la Constitución italiana se refiere a la cuestión con una fórmula legal un tanto abierta: “Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido”.²⁸

Compruébese cómo el precepto no menciona ni las acciones u omisiones, ni tampoco el delito o infracción administrativa como presupuesto generador de responsabilidad. A causa de esta importante ausencia, pareciera poder suponerse que el precepto se enfoca más en la garantía sancionatoria que en la garantía criminal, ya que solamente se hace referencia al hecho y no a su previsión como supuesto generador de responsabilidad. No obstante, se podría indicar la ausencia de referencias expresas a las penas o sanciones administrativas como consecuencias jurídicas asociadas al supuesto de hecho. Por el contrario, en el artículo sólo se hace referencia a la previsión legal previa mencionando el “castigo” de una forma un tanto abstracta (¿se refiere al delito o infracción administrativa, a la pena o sanción, a ambas?, ¿quizás a toda consecuencia jurídica de corte afflictivo, sea penal, administrativa o privada?). En cambio, ya en el Código Penal italiano encontramos una referencia mucho más específica a la garantía criminal y a la garantía penal conforme las entendemos los penalistas, vid. “Nadie puede ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por la ley, ni con penas que no sean establecidas por ella”²⁹

²⁷ Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, 29 de diciembre de 1978. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

²⁸ Costituzione Italiana, Senato della Repubbli-

ca, 2023, art. 25.1. https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_ITALIANO.pdf [traducción libre del autor].

²⁹ Codice Penale, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 251, 26 de octubre de 1930, art. 1. <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codice-Penale>. Así, Franco Bricola, “La riscoperta delle ‘pene private’...”, *op. cit.*, pp. 47-53 y Tullio Padovani, “Lectio brevis sulla sanzione”, *Le pene private*, Milán: Giuffrè, 1985, pp. 44-45, consideran que los principios previstos para la pena en los artículos 25- 27 de la Consti-

En sexto lugar, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la pena privada? Ésta es quizás la pregunta más difícil de responder por sus defensores, quienes han argumentado que se trata de un instrumento híbrido, perteneciente al ámbito civil y penal.³⁰ Es también la única respuesta posible cuando se combinan indiscriminadamente elementos de una y otra responsabilidad sin profundizar en alguna de ellas, y sin proporcionar una teoría con fundamentos dogmáticos totalmente sólidos. No sólo es una respuesta cómoda, sino también insatisfactoria. Por todo lo indicado en esta breve sección, creemos haber dejado entrever nuestra escéptica posición respecto al problema de las “penas privadas”, tanto en lo que se refiere a sus características fundamentales como a su posible incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. En síntesis, la postura se basa principalmente en la ausencia de una base científica consistente y en su incompatibilidad con nuestra visión del derecho y del ordenamiento jurídico.

c. Especial referencia a la *riparazione*

A pesar de lo indicado en el apartado anterior, junto al resarcimiento del daño derivado de delito, encontramos una institución muy

particular en el ordenamiento italiano. Se trata de la *riparazione* pecuniaria, de la cual no existe un instituto análogo en el derecho español. Se acentúa que la *riparazione* estaba ya prevista en el Código Penal tras la unificación italiana, en el llamado Código Zanardelli, artículo 38 y, desde entonces hasta ahora, ha dado lugar a importantes problemas interpretativos.

La doctrina especializada en esta institución la ha definido como una suma “reparatoria”, distinta de la sanción penal y del resarcimiento del daño derivado de delito. Se trata de una institución que se mide sobre la base de parámetros cuyo común denominador es la “ofensividad” del hecho.³¹ Su carácter es punitivo, si bien se sostiene que tenga también un cierto componente compensatorio respecto a la violación de la paz social.³² Su punto de partida no es ya el daño civil, sino la ofensa o lesión del bien jurídico-penal, que se configura así como un prerequisito para su creación y, en consecuencia, el sujeto legitimado para solicitarla y obtenerla no es ya el perjudicado civil, sino el penalmente ofendido.³³ Además, puede ser valorada junto a la responsabilidad civil, ya que su nacimiento responde a diversos motivos.³⁴

No obstante, para la doctrina, el mayor problema que presenta es la ausencia de un

tución italiana estarían dirigidos a garantizar la libertad personal afectada por la sanción penal, por lo que no obligarían en sede de responsabilidad civil, aunque ésta sea de tipo afflictivo. En otras palabras, que los mencionados principios constitucionales sólo afectarían a las sanciones previstas por la norma penal que estén dirigidas a limitar la libertad.

³⁰ Prieto Trimarchi, *Causalità e danno*, Milán: Giuffrè, 1967, p. 123; Giovanni Bonilini, “Pena privata e danno non patrimoniale”, *op. cit.*, p. 302.

³¹ Dèsirée Fondaroli, “Mille e non più mille: la *riparazione* pecuniaria e dintorni”, *Archivio Penale*, 1, 2018, p. 159.

³² Dèsirée Fondaroli, “Mille e non più mille...”, *op. cit.*, pp. 160-161.

³³ Dèsirée Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milán: Giuffrè, 1999, pp. 51-68, 170 y 185.

³⁴ *Ibidem*, pp. 156-157, también en Dèsirée Fondaroli, “Mille e non più mille...”, *op. cit.*, p. 161.

proyecto unitario y complejo, debido a que está prevista sólo como reacción a algunos delitos, por ejemplo, en los perseguibles por querella (artículo 162 ter del CP italiano) o contra la Administración Pública según el artículo 322 del CP italiano.³⁵ Asimismo, en los casos en los que en tal sentido se interviene, el legislador omite hacer referencia a finalidades, límites y objetos específicos, por lo que, en realidad, su interpretación es verdaderamente incierta, así como su naturaleza jurídica o su idoneidad como mecanismo de tutela. Las dudas sobre la misma son muchas: ¿forma parte de la pena?, ¿es un complemento de la represión?, ¿es una medida limitada a “compensar” o “reparar” el daño?, o por el contrario, ¿es una institución que integra la reparación civil?³⁶

Por nuestra parte, nos genera cierta perplejidad el hecho de “reparar” un delito contra el bien jurídico, ya que no parece haber criterios claros, dogmáticos y sustanciales sobre éste. No sorprende que se reconozca el problema de la dificultad hermenéutica de su contenido. Al contrario, entendemos que este instituto, más que consolidar una fundada doctrina científica, persigue la positivización

de una fórmula jurídica que obliga al responsable a pagar algo más allá del resarcimiento con base en lo incierto de su fundamento. De la misma forma, consiente a la parte ofendida obtener una duplicidad indemnizatoria, en la medida en que es compatible con la responsabilidad civil, lo cual resulta muy criticable. Desde nuestro punto de vista, no tiene mucho sentido que la *riparazione* la reciba la “parte ofendida”, ya que este concepto no designa al titular del bien jurídico-penal, sino a su depositario o portador. Desde nuestro punto de vista, es el Estado el verdadero titular del bien jurídico-penal, ya que el Estado es el ente que se arroga el *ius puniendi*. Por otro lado, entendemos que, como regla general, el ciudadano debe recibir una suma en concepto de resarcimiento o *riparazione* sólo si sus intereses privados son perjudicados. Igualmente, creemos que toda aquella cuantificación que supere en modo significativo el resarcimiento constituye un enriquecimiento injusto. Por lo demás, este instituto está en fuerte contradicción con la estructura del derecho penal y civil del modelo español e incluso continental. No obstante, lo cierto es que se trata del ejemplo más cercano a la pena privada en el derecho italiano, aunque la cuestión no es del todo clara.³⁷

d. Acerca del modelo: ventajas y desventajas

A favor de esta corriente de tipo resarcitorio-punitivista (o incluso preventivo-punitivista) se sostiene a menudo que es necesario

35 Désirée Fondaroli, “Vicende della punibilità e risarcimento e/o *riparazione* del “danno da reato”, *Il “mercato della legge penale”: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Milán: Antonio Milani, 2011, p. 50. Señala el resto de los casos previstos en el ordenamiento italiano, Désirée Fondaroli, “Mille e non più mille...”, *op. cit.*, pp. 160-161.

36 Désirée Fondaroli, “Illecito penale e *riparazione* del danno”, *op. cit.*, pp. 154-156 y 171. Igualmente, “Vicende della punibilità”, *op. cit.*, p. 32.

37 Contrario a que la *riparazione* sea considerada como una sanción privada, Mario Romano, “Risarcimento del danno da reato, Diritto civile, Diritto penale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 1993, pp. 875-876.

castigar al autor del delito para que no realice nuevamente un comportamiento censurable. Análogamente, castigando al autor del delito, se disuade a los demás de llevar a cabo comportamientos similares. Por lo tanto, las funciones principales de este modelo son preventivas o punitivas.

Del mismo modo, este tipo de respuestas jurídicas pretende ofrecer una solución al problema de la cuantificación del daño moral a través de la punición, problema recurrente en materia de responsabilidad civil. Se sostiene que es en este tipo de casos cuando el sufrimiento de la víctima es mayor y, por lo tanto, se justifica que sea necesario resarcirla con mayor interés. En todo caso, parece que el elemento central no es sólo el daño, sino también la forma en la que se ha ocasionado, es decir, el comportamiento particularmente reprochable de la parte responsable, intencionado o no.

No obstante, la presunta función preventivo-punitiva es a menudo abiertamente rechazada por amplios sectores de la más autorizada doctrina civil.³⁸ Las razones más

sólidas son las siguientes: primero, que este tipo de aproximaciones punitivistas deberían pertenecer a la reducida esfera del derecho sancionatorio, penal o administrativo, los cuales están más y mejor dotados de instrumentos realmente disuasivos, mientras que la función de la responsabilidad civil debería ser fundamentalmente reparatoria, planteamiento al que debe su significado y construcción dogmática. Siguiendo en esta línea, diversos autores han demostrado que la función estrictamente reparatoria de la responsabilidad civil, tal y como la conocemos, podría llegar a ser incluso más disuasoria que la propia sanción penal, porque induciría a los individuos a actuar con más atención.³⁹ Segundo, en nuestro modelo, la responsabilidad civil aparece graduada según la entidad del daño causado, no según la conducta o la imputabilidad.⁴⁰ Tercero, se sostiene que no es oportuno que la víctima se enriquezca a expensas del autor del ilícito, ya que se trata de un enriquecimiento que supera el resarcimiento en sí mismo y, por lo tanto, es injus-

38 Encarna Roca Trías y Mónica Navarro Michel, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 15. También críticamente, Luis María Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid: Civitas, 1999, pp. 44-47; Ángel Fernando Pantaleón Prieto, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, pp. 171-173; Mariano Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Madrid: Dykinson, 2018, pp. 59-62. En doctrina italiana, *e. gr.* Cesare Massimo Bianca, *Diritto civile*, op.

cit., pp. 556-557. *Cfr.*, Luis Fernando Reglero Campos, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra: Aranzadi, 2014, p. 90 y 103-106. Asimismo, Pablo Salvador Coderch, “*Punitive damages*”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2003, pp. 11-14. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=369133> y Tullio Padovani, “*Lectio brevis sulla sanzione*”, *op. cit.*, p. 69.

39 Ángel Fernando Pantaleón Prieto, “Comentario al artículo 1.902”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1.971; Mario Romano, “*Risarcimento del danno da reato*”, *op. cit.*, pp. 866-867.

40 Ángel Fernando Pantaleón Prieto, “Comentario al artículo 1.902”, *op. cit.*, p. 1.971.

to. Si se quiere castigar al causante, se deben utilizar mecanismos del derecho penal o sanciones administrativas.⁴¹ Finalmente, debemos indicar que en España se han planteado problemas de inconstitucionalidad prima facie con este tipo de instituciones, en concreto, con los llamados *punitive damages*, ya que su naturaleza sancionadora implicaría su incompatibilidad con el ya mencionado principio de legalidad penal y administrativa (artículo 25.1 de la ce).⁴²

Desde nuestro punto de vista, observados desde nuestra tradición y visión jurídica, este tipo de planteamientos preventivo-punitivos de la reparación comportarían, en caso de su incorporación, verdaderos problemas e incoherencias con el modo latino de concebir el derecho.⁴³ Sobre este extremo se ha pronunciado Roxin con gran claridad y razón, y ha evidenciado que el derecho penal se basa en la subordinación del individuo al poder del Estado, que lo enfrenta sometiéndolo a través del derecho penal, a diferencia del derecho civil, que se basa en el principio de igualdad.⁴⁴

dolo a través del derecho penal, a diferencia del derecho civil, que se basa en el principio de igualdad.⁴⁴

4. El modelo alemán de la tercera vía (AE-WGM)

a. Bases históricas e iusfilosóficas

El proyecto alternativo alemán de 1992 era una propuesta legislativa elaborada por un grupo de trabajo encabezado por Roxin. Finalmente, el texto no sería aprobado, pero esto no impidió que fuera aceptado por importantes sectores de la doctrina europea. A grandes rasgos, el AE-WGM proponía la incorporación en el derecho alemán de un nuevo modelo de reparación penal basado en la estructura, el contenido y las características del derecho penal. Según este proyecto, la reparación sería conceptualizada como una tercera vía de tutela frente a los delitos, junto a las penas y a las medidas de seguridad.⁴⁵

Así, más allá de los debates sobre su naturaleza, a esta reparación le viene atribuido un nuevo carácter autónomo, situado entre

41 Mario Yzquierdo Tolsada, “Responsabilidad civil extracontractual”, *op. cit.*, p. 61.

42 Así opinan Encarna Roca Trías y Mónica Navarro Michel, “Derecho de daños”, *op. cit.*, p. 16. Asimismo, argumentan que ello no excluye que la ley imponga, en alguna ocasión, obligaciones de resarcir consideradas como auténticos daños punitivos, con base en el recargo de prestaciones impuesto por el artículo 164 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (trlgss). *Vid.* sobre el recargo de prestaciones desde la óptica del penalista, José Antonio Posada Pérez, “El recargo de prestaciones en materia de Seguridad Social: entre la sanción, la reparación del daño y las penas privadas”, *Revista General de Derecho Penal*, 39, mayo, 2023.

43 *Vid.* José Antonio Posada Pérez, “La responsabilidad civil *ex delicto*”, *op. cit.*, pp. 68 y ss.

44 Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. de la 2^a ed. alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Civitas, 2008, p. 43. No obstante, entendemos que la expresión de Roxin relativa a la subordinación del individuo al poder del Estado puede ser también extendida a otros sectores del Derecho público. No nos parece que tal carácter sea exclusivo y excluyente del Derecho penal, como lo es, por ejemplo, el concepto de pena.

45 Claus Roxin, “Pena y reparación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1-3, 1999, pp. 5-16.

la esfera privada y la penal. El aspecto más característico del sistema, en contraste con el modelo de responsabilidad civil *ex delicto*, es que no se resarce el daño civil, sino que, a través de la reparación, se compensa el orden jurídico perturbado con el delito.⁴⁶ Si profundizamos en este planteamiento, es cierto que el antecedente remoto de esta idea de defensa jurídica del orden dado y el que la reparación no se concibe como una transacción entre sujetos privados, sino como un modo de restablecimiento del orden jurídico alterado por el comportamiento transgresor, se encuentran ya en el derecho germano arcaico.⁴⁷ Por lo tanto, se puede decir que, en cierto sentido, el AE-WGM forma parte de estos planteamientos tradicionales germanos. Debe indicarse que, en su historia más reciente, el modelo punitivo alemán ha mantenido una separación más rígida entre derecho y proceso penal y civil respecto al modelo latino, de base romana.⁴⁸ Por esta razón, puede sostenerse que existía en este ordenamiento una cierta necesidad práctica, pero también teórica, de construir desde cero una nueva orientación

que implementar en vía punitiva a partir de los propios postulados del derecho penal.

b. *Carácteres esenciales*

Como decíamos, el objeto principal de la reparación prevista por el AE-WGM no es el daño civil, sino que, en este caso, se compensa la paz jurídica —que anteriormente había sido alterada por el comportamiento penalmente transgresor—. En congruencia con este planteamiento, la reparación es aplicable a cualquier tipo de delito (principio de universalidad) sin que sea necesario que los hechos hayan generado daños civiles y sin que la gravedad del delito cometido sea relevante en este sentido.⁴⁹

Similarmente, según el principio de eficacia, garantía de éxito o de resultado, es esencial que la compensación de la paz jurídica sea efectivamente realizada. Por este motivo, una simple promesa de cumplimiento no es posible, y se establecerán las condiciones y requisitos para que se lleve efectivamente a cabo.⁵⁰

Por otra parte, el principio de voluntariedad viene también respetado por el AE-WGM. En consecuencia, se podrá acceder a la reparación sólo si ella es libremente aceptada, por lo que el autor del delito no puede ser obligado a reparar —a diferencia de la reparación civil, que es coactiva—.

Así pues, estos son los principios fundamentales de la reparación penal. No obstante, sobre la base de estos, se pueden apreciar consecuencias de naturaleza sustancial. Por tanto, en primer lugar, si se repara la paz jurídica y no el daño ci-

⁴⁶ María Carmen Alastuey Dobón, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 68-69.

⁴⁷ Sobre tal concepción, *vid.* Miguel Ángel Bermúdez Castrillo, “Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español”, *op. cit.*, pp. 15-16; Rafael Sánchez Domingo, “La pervivencia del Derecho germánico en el fuero de Miranda de Ebro”, *Boletín de la Institución Fernán González*, 220, 2000, pp. 173-174.

⁴⁸ Claus Roxin, “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones” (trad. José Luis Manzanares Samaniego), *Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”*, España: Consejo General del Poder Judicial, 1991, p. 20.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 25-26.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 26.

vil, podría admitirse una amplia gama de prestaciones resarcitorias que pueden entenderse como reparación, incluida así la llamada “reparación simbólica” —como la presentación de disculpas—. Por ello, el contenido de la reparación incluye no sólo el resarcimiento pecuniario a la víctima, sino también (e incluso) a terceros, por ejemplo, a un asegurador; las prestaciones laborales, tanto frente a la víctima como frente a la comunidad; o las prestaciones materiales de cualquier tipo. Del mismo modo, estas modalidades reparatorias pueden ser combinadas o alternadas entre ellas y no deben ser irracionales, desproporcionadas o inaccesibles ni para el autor del delito ni para la víctima.⁵¹ En segundo lugar, aunque es cierto que los daños civiles no son reparados, debe respetarse el principio de prioridad de la víctima, en virtud del cual ésta será la principal destinataria de las prestaciones reparatorias que el autor del delito ejecute. No obstante, en virtud del mencionado principio de universalidad, este modelo de reparación es aplicable incluso en los casos de “delitos sin víctima”, además de aquellos en los que no existan daños civiles o incluso cuando estos sean de difícil valoración económica. Es por este motivo que ha sido

defendido su empleo en diversos tipos de delito⁵² y también durante la ejecución de la pena.⁵³

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, se defiende un nuevo carácter autónomo, entre la esfera penal y la privada, por el que se diferenciaría de las sanciones penales y las consecuencias civiles.⁵⁴ No obstante, a pesar de que algunos autores han propuesto su inclusión en el catálogo de penas, el propio Roxin ha declarado abiertamente que los mecanismos del AE-WGM ni son penas ni

51 Sobre el amplísimo catálogo, por todos, Josep Maria Tamarit Sumalla, *La reparación a la víctima en el Derecho Penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales* (trads. Eva Maldonado Seral y Carolina Villacampa Estiarte), Barcelona: Fundación Jaume Callís, 1994, pp. 143-147.

52 E. gr. Pablo Galain Palermo y Angélica Romero Sánchez, "Criminalidad organizada y reparación. ¿Puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada?", *Derecho Penal y Criminología*, 73, 22, 2001, p. 67. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319356>

Otra opinión se encuentra en Mercedes García Arán, "Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica", *Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 470-480.

53 Josep Maria Tamarit Sumalla, "La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿Una respuesta al rearme punitivo?", *Revista General de Derecho Penal*, 7, 2004, pp. 19-24, quien identifica las posibilidades de aplicación de la justicia restaurativa en el derecho penal y penitenciario, antes del inicio de la ejecución y durante el trabajo y tratamiento penitenciario del sujeto.

54 Claus Roxin, "Risarcimento del danno e fini della pena", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987, p. 21.

conllevarán, en ningún caso, la abolición de las sanciones, a pesar de que en algunas ocasiones puedan ser reducidas, modificadas o sustituidas.⁵⁵

A propósito de su relación con las diferentes teorías de la pena, Roxin ha subrayado que, independientemente de donde se quiera colocar el fin determinante de la pena, sea la retribución, prevención general o especial o una combinación de estos, la reparación es igualmente útil para todos estos fines.⁵⁶ De cualquier modo, acentúa el interés de la reparación respecto a los fines de la prevención especial o general positiva, ya que el autor del delito debe esforzarse por reconciliarse con la víctima y con la sociedad a través del cumplimiento del programa de reparación, con lo cual se obtiene, en ambos casos, un efecto de confianza y satisfacción cuando se constate que la ley es respetada y que la perturbación social ocasionada por el delito ha sido eliminada.⁵⁷

En definitiva, el proyecto prevé una multitud de interrelaciones entre la pena o la medida de seguridad y la reparación a través de diversas formas, sustituyéndola, atenuándola, suspendiendo en parte o por completo la ejecución de la pena privativa de libertad o atribuyéndola como deber durante la ejecución de esta última. En tal sentido, Roxin justificaría tal influencia sobre la base del respeto al principio de subsidiariedad, según el cual la respuesta estrictamente penal puede ser utilizada sólo cuando no existan medios

menos lesivos para mantener o restaurar la paz jurídica. En consecuencia, sostiene que, si la reparación es suficiente para resolver el conflicto social, será necesario recurrir a ella y no a la pena o medida de seguridad, o bien, limitar la aplicación de estas últimas incorporando en su aplicación mecanismos reparatorios.⁵⁸ En definitiva, así como Roxin ha defendido la utilidad de la reparación para los fines del derecho penal, también ha advertido enérgicamente que no debe ser considerada como un fin penal en sí mismo.⁵⁹

5. Acerca del modelo: ventajas y desventajas

Las diferentes ventajas para la víctima, para el autor del delito y también para la Administración de Justicia han sido siempre argumentos a favor de la incorporación del AE-WGM en el sistema punitivo. De un lado, la víctima vendría resarcida rápidamente sin ningún coste o esfuerzo por su parte, lo que le permite obtener un resarcimiento incluso durante la detención del autor del delito. De otro, a este último se le ofrece la posibilidad de recibir beneficios penales y penitenciarios sustanciales a través de la reparación. Finalmente, la Administración de Justicia se ahorraría los procedimientos civiles, las costosas pruebas y, naturalmente, el uso de su tiempo y atención.⁶⁰ Del mismo modo, se ha resaltado la superación del concepto de reparación

55 Claus Roxin, “La posizione della vittima nel sistema penale”, *L’Indice Penale*, 1989, pp. 6-7.

56 Claus Roxin, “Pena y reparación”, *op. cit.*, pp. 9-12.

57 Claus Roxin, “Risarcimento del danno e fini della pena”, *op. cit.*, pp. 15-21.

58 Claus Roxin, “La posizione della vittima nel sistema penale”, *op. cit.*, pp. 9-11.

59 Claus Roxin, “Risarcimento del danno e fini della pena”, *op. cit.*, pp. 6-7 y 15.

60 Claus Roxin, “Pena y reparación”, *op. cit.*, pp. 7-9.

enteramente material, es decir, el hecho de que el AE-WGM incorpora la reparación simbólica. En este sentido, ha sido subrayado que este tipo de reparación es particularmente aconsejable cuando el resarcimiento monetario no sea del todo satisfactorio, por ejemplo, en casos de daños psicológicos y morales.

Igualmente, como motivos a favor de su adopción y argumentando que el AE-WGM supone una superación del paradigma actual, han sido evidenciados los límites del sistema resarcitorio *ex delicto*, en particular, en lo que respecta a la escasa atención a la víctima. Así, las críticas más recurrentes son, de una parte, el hecho de que sólo se contempla un resarcimiento puramente patrimonial, que desde este punto de vista se considera superfluo, y, por otro, la escasa tutela de la parte civil en el proceso penal junto a la repetida falta de pagos. Por ello, se alerta sobre el posible riesgo de comercialización del resarcimiento *ex delicto*. A su vez, se denuncia la incongruencia de otorgar beneficios penales y penitenciarios a quien tiene mayor poder adquisitivo respecto a otros autores con menor solvencia económica, así como la imposibilidad de reparar en casos de delitos sin víctimas. Además, se subraya que, a diferencia del AE-WGM o de los modelos de justicia restaurativa en general, por un lado, el esfuerzo en la reparación por sí solo no es objeto de particular consideración en el sistema resarcitorio *ex delicto* y, de otro, que mientras la reparación en el primer caso deriva de la mediación y del principio de voluntariedad, la responsabilidad civil prevista por el Código Penal es la consecuencia coercitiva de un proceso contradictorio.

A pesar de sus ventajas, el AE-WGM no ha

sido capaz de evitar importantes críticas.⁶¹ En primer lugar, se relativizan los presuntos beneficios que el contenido del proyecto aportaría al autor del delito, a la víctima y a la sociedad. Con esto en cuenta, ha sido evidenciada la irrenunciable naturaleza eminentemente pública del derecho penal y han sido rechazadas las ideas reparatorias basándose en el hecho de que los beneficios, más o menos reales, no justifican la discusión sobre tal principio general.⁶²

En segundo lugar, se discute el presunto respeto al principio de voluntariedad, ya que, si la decisión que debe tomar el autor reside entre satisfacer la reparación o que le venga impuesta una pena o medida de seguridad, no se puede afirmar que la primera opción haya sido elegida de una manera estrictamente voluntaria. En tercer lugar, existen problemas reales con las garantías del derecho penal y procesal penal,⁶³ en particular con la presunción de inocencia, sobre todo

61 Sobre el debate, María Carmen Alastuey Dobón, “La reparación a la víctima...”, *op. cit.*, pp. 88-105.

62 Mercedes García Arán, “Reparación a la víctima y mediación...”, *op. cit.*, pp. 451-452.

63 Jesús María Silva Sánchez, “Medios no judiciales de reparación a la víctima”, *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo*

XXII Coloquio de Derecho Europeo. La Laguna, del 17 al 19 de noviembre de 1992, Santa Cruz de Tenerife: Universidad de La Laguna, 1993, pp. 337 y 353-354.

en los casos en los que la reparación puede o debe ser efectuada antes del proceso. De manera análoga, incluso siendo menos frecuente, se sostiene la ausencia de precisión técnica de los requisitos para el acceso a beneficios penales, ya que, sustancialmente, el AE-WGM no era un borrador muy exhaustivo.⁶⁴

Otros argumentos importantes son la crítica a la transacción y a la gran disponibilidad del proceso que, de hecho, se le otorga a la víctima,⁶⁵ además de la visión simplista de la sociedad —esta última afirmación viene dada con base en la concepción del delito como mero conflicto entre autor, víctima y necesidad de restituirlo a sus principales protagonistas—.⁶⁶ Se tiende, además, a poner en tela de juicio, y con serias dudas, la inadecuación de la reparación en términos reales de capacidad de satisfacer debidamente las finalidades de la pena.⁶⁷

También la reparación simbólica es un elemento que suscita serias dudas: ¿se trata sustancialmente de un nomen iuris destinado a cubrir todas las prestaciones realizadas por el autor del delito que no consistan en un resarcimiento material a la víctima? Pareciera que sí. En cualquier caso, y más allá de esta cuestión léxica, la reparación simbólica comprende un catálogo muy amplio de prestaciones que pueden ser acordadas, lo que es digno de alabanzas. La efectiva capacidad resarcitoria del sujeto es la medida principal por conside-

rar para determinar qué tipo de prestaciones penalmente relevantes pueden contemplarse. Por otro lado, ¿se resuelven verdaderamente los problemas de efectivo cumplimiento al relajar los requisitos del resarcimiento para considerarlo satisfecho si se adaptan a la efectiva capacidad resarcitoria del sujeto y no al daño efectivamente causado?

Entendemos que, en el fondo, no estamos ante otra cosa que la alteración de las variables de las que depende la compensación a partir de motivos de incumplimiento. El pretendido principio de eficacia, garantía de éxito o de resultado aplicado de esta forma no nos parece completamente satisfactorio si se hace a costa de una reparación real a la víctima en algunos casos, en cuanto a lo que realmente se haya visto perjudicada. Asimismo, somos un tanto escépticos del argumento a favor del AE-WGM basado en la coactividad del cumplimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* bajo la amenaza de una sanción. ¿Este riesgo realmente no existe si se incorpora un modelo de reparación como tercera vía? Nos resulta difícilmente creíble, sobre todo a la luz de las importantes ventajas penales y penitenciarias que comporta.

Reflexiones ulteriores

En definitiva y basándonos en nuestro argumento propuesto, los dilemas finales concluyen en: ¿resarcir o castigar?, ¿reparar el daño o compensar el menoscabo a la paz jurídica?, ¿atribuir funciones político-criminales a una institución privada o conceptualizar un modelo resarcitorio *ex novo*? En realidad, ninguno de los tres modelos examinados aparece exento de importantes críticas. Es ahora el turno de los juristas, quienes tendrán que evaluar y contrastar las ventajas y desventaja-

64 Sobre el argumento, María Carmen Alastuey Dobón, “La reparación a la víctima...”, *op. cit.*, p. 100.

65 Mercedes García Arán, “Reparación a la víctima y mediación...”, *op. cit.*, pp. 463-464.

66 *Ibidem*, 456-466.

67 María Carmen Alastuey Dobón, “La reparación a la víctima...”, *op. cit.*, pp. 101-105.

jas de cada sistema para llegar, si se puede, a una conclusión firme.

Aunque aquí hemos intentado llamar la atención de la doctrina sobre esta compleja problemática (diríamos, desafortunadamente fuera del interés que presentaba al principio de este siglo), nuestra posición podría resultar clara para el lector cuidadoso. En resumidas cuentas, somos defensores del sistema *ex delicto*, ya que permite simplificar la obtención del resarcimiento, a pesar de sus importantes críticas y desventajas. Igualmente, creemos que el camino hacia el resarcimiento no debe pasar por el campo de las penas privadas. Compartimos todas sus críticas.

Finalmente, sobre el proyecto alternativo alemán, entendemos que los argumentos en contra de su adopción resultan bastante razonables, en particular en lo que respecta a las garantías del derecho y proceso penal. Todo ello a pesar de que seamos firmes defensores de la previsión de múltiples respuestas legales al evento delictivo. Por tanto, entendemos, junto con Silva Sánchez, que el modelo de reparación previsto en el proyecto alternativo no asume de manera satisfactoria, por sí solo, las funciones propias de la sanción penal.⁶⁸ Aunque el sujeto repare por completo el daño causado, el derecho penal está basado en una serie de criterios que van más allá de la reintegración del status quo ante y/o el resarcimiento del daño ocasionado. Coincidimos aquí con la postura de Silva Sánchez, según la cual, en la práctica, sólo los hechos que constituyen delitos muy leves (y añade, al límite de la despenalización) pue-

den ser completamente resueltos acudiendo a instrumentos informales de reparación.⁶⁹

Referencias

- ALASTUEY DOBÓN, María Carmen, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- BERMEJO CASTRILLO, Miguel Ángel, *Responsabilidad civil y delito en el derecho histórico español*, Madrid: Dykinson, 2016.
- BARATELLA, Maria Grazia, *Le pene private*, Milán: Giuffrè, 2006.
- BIANCA, Cesare Massimo, *Diritto civile*, vol. 5 (La responsabilità), Milán: Giuffrè, 2021.
- BONILINI, Giovanni, “Pena privata e danno non patrimoniale”, *Le pene private*, Milán: Giuffrè, 1985, pp. 301-320.
- BRICOLA, Franco, “La riscoperta delle ‘pene private’ nell’ottica del penalista”, *Le pene private*, Italia: Giuffrè, 1985, pp. 27-53.
- BUSNELLI, Francesco, “Verso una riscoperta delle “pene private”?”, en Gianguido Scalfi (coord.), *Le pene private*, Milán: Giuffrè, 1985, pp. 3-10.
- CARNELUTTI, Francesco, *Il danno e il reato*, Milán: Antoni Milani, 1926.
- Codice Penale, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 251, 26 de octubre de 1930, art. 1. <https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codicePenale>
- CP: Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, 23 de noviembre de 1995. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2024. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2024-118

68 Jesús María Silva Sánchez, “Medios no judiciales de reparación a la víctima...”, *op. cit.*, pp. 351-353.

69 *Idem*

- Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, 29 de diciembre de 1978. <https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/1/con>
- Costituzione Italiana, *Senato della Repubblica*, 2023. https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_ITALIANO.pdf
- DÍAZ VALCÁRCEL, Luis María, “Responsabilidad civil derivada del delito (I)”, en *Revista de Derecho Judicial*, núm. 4, 1960, pp. 15-47.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Derecho de daños*, Madrid: Civitas, 1999.
- FONDAROLI, Désirée, “Mille e non più mille: la riparazione pecuniaria e dintorni”, *Archivio penale*, 1, 2018, pp. 159-169.
- FONDAROLI, Désirée, “Vicende della punibilità e risarcimento e/o riparazione del “danno da reato”, *Il “mercato della legge penale”: nuove prospettive in materia di esclusione della punibilità tra profili sostanziali e processuali*, Milán: Antonio Milani, 2011, pp. 29-73.
- FONDAROLI, Désirée, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milán: Giuffrè, 1999.
- FUENTESECA DEGENEFSE, Margarita, “Poena privata, poena criminis y responsabilidad civil derivada del delito”, Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid: Civitas, 2005, pp. 1923-1943.
- GALAIN PALERMO, Pablo y Angélica Romero Sánchez, “Criminalidad organizada y reparación. ¿Puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada?”, *Derecho Penal y Criminología*, 73, 22, 2001, pp. 45-68. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5319356>
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica”, *Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Lan-* drove Díaz, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 449-480.
- GARGANI, Alberto, “Illecito civile punitivo”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán: Giuffrè, 2017.
- GRASSO, Giovani y Tullio Padovani, *Comentario sistemático del Código Penale*, Milán: Giuffrè, 2011.
- LOGP: Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 239, 5 de octubre de 1979. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/09/26/1/con>
- MADLENER, Kurt, “La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal”, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, vol. 2, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1989, pp. 9-32.
- MOSCATI, Enrico, “Pena privata”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. 32, Milán: Giuffrè, 1982.
- OLEA Y LEYVA, Teófilo y José María Ortiz Tirado, *El resarcimiento del daño a la víctima del delito*, Ciudad de México: Jus, 1945.
- PADOVANI, Tullio, “Lectio brevis sulla sanzione”, *Le pene private*, Milán: Giuffrè, 1985, pp. 55-70.
- PANTALEÓN DÍAZ, Marta, *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, Madrid: Marcial Pons, 2022,
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4, 2000, pp. 167-192.
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, “Comentario al artículo 1.902”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. 2, 1993, pp. 1.971-2.003.
- POSADA PÉREZ, José Antonio, “El recargo de prestaciones en materia de Seguridad

- Social: entre la sanción, la reparación del daño y las penas privadas”, *Revista General de Derecho Penal*, 39, mayo, 2023. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=425949
- POSADA PÉREZ, José Antonio, “El nacimiento de la responsabilidad civil derivada de delito”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 69, enero–marzo, 2023, pp. 55-85. <https://repositorio.ual.es/handle/10835/17402>
- POSADA PÉREZ, José Antonio, “Acerca de los modelos político-criminales de reparación a la víctima: la responsabilidad civil *ex delicto* versus la reparación penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid: Dykinson, 2022, pp. 181-222.
- POSADA PÉREZ, José Antonio, *La responsabilidad civil ex delicto*, Navarra: Aranzadi, 2022.
- QUARTA, Francesco, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Curso de Derecho Penal*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963.
- REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra: Aranzadi, 2014, pp. 65-263.
- ROCA TRÍAS, Encarna y Mónica Navarro Michel, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Romano, Mario, “Art. 192”, *Commentario sistematico del Codice Penale*, 3 (art. 150-240), Giuffrè, 2011, pp. 382-387.
- ROMANO, Mario, “Art. 193”, *Commentario sistematico del Codice Penale*, 3 (art. 150-240), Giuffrè, 2011, pp. 387-389.
- ROMANO, Mario, “Art. 194”, *Commentario sistematico del Codice Penale*, 3 (art. 150-240), Giuffrè, 2011, pp. 389-392.
- ROMANO, Mario, “Risarcimento del danno da reato, Diritto civile, Diritto penale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 3, 1993, pp. 865-888.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. de la 2^a ed. alemana de Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Civitas, 2008.
- ROXIN, Claus, “Pena y reparación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1-3, 1999, pp. 5-16.
- ROXIN, Claus, “La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones” (trad. José Luis Manzanares Samaniego), *Jornadas sobre la “Reforma del Derecho Penal en Alemania”*, España: Consejo General del Poder Judicial, 1991, pp. 19-31.
- ROXIN, Claus, “La posizione della vittima nel sistema penale”, *L'Indice Penale*, fasc. 1, 1989, pp. 5-18.
- Roxin, Claus, “Risarcimento del danno e fini della pena”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 1987, pp. 3-23.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, “Punitive damages”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2003. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=369133>
- SÁNCHEZ DOMINGO, Rafael, “La pervivencia del Derecho germánico en el fuero de Miranda de Ebro”, *Boletín de la Institución Fernán González*, 220, 2000, pp. 169-198.
- SILVA MELERO, Valentín, “Illicitud civil y penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 11, 179, 1946, pp. 5-31.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “*Ex delicto?* Aspectos de la llamada ‘responsabilidad civil’ en el proceso penal”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Medios no judiciales de reparación a la víctima”, *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo*. XXII Co-

- loquio de Derecho Europeo. La Laguna, del 17 al 19 de noviembre de 1992*, Santa Cruz de Tenerife: Universidad de La Laguna, 1993, pp. 331-358.
- TAGLIARINI, Francesco, "Il risarcimento del danno da reato (Profili storici ed evoluzione attuale)", *L'Indice Penale*, 1973, pp. 475-492.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, "La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: ¿Una respuesta al rearmero punitivo?", *Revista General de Derecho Penal*, 7, 2004.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *La reparación a la víctima en el Derecho Penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales* (trads. Eva Maldonado Seral y Carolina Villacampa Estiarte), Barcelona: Fundación Jaume Callís, 1994.
- TRIMARCHI, Prieto, *Causalità e danno*, Milán: Giuffrè, 1967.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Madrid: Dykinson, 2018.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "Querellas chantajistas y derecho civil light", *Revisita de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 15, 2005.
- ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, "Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law", *Giurisprudenza Italiana*, 1985, pp. 12-27.

Revista Penal México 28

• enero • junio 2026 •

e-ISSN: 3061-7324



Prisión preventiva oficiosa y crímenes de lesa humanidad

Responsabilidad penal internacional
de la judicatura mexicana

*Pre-Trial Detention and Crimes Against Humanity
International Criminal Responsibility from the Mexican Judiciary*

• **Roberto Martínez Anzures** •

M. Anzures Abogados

Prisión preventiva oficiosa y crímenes de lesa humanidad
Responsabilidad penal internacional de la judicatura mexicana

*Pre-Trial Detention and Crimes Against Humanity
International Criminal Responsibility from the Mexican Judiciary*

• Roberto Martínez Anzures • M. Anzures Abogados •

Fecha de recepción
06-06-2025

Fecha de aceptación
26-10-2025

Resumen

Este artículo demuestra que la prisión preventiva oficiosa (PPO) vigente en México, al imponerse de manera automática y masiva, satisface los elementos: objetivo, contextual y subjetivo del crimen de lesa humanidad previsto en el artículo “7.1 e” del Estatuto de Roma. Tras analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el bloque de convencionalidad y la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se concluye que la PPO es una privación arbitraria de la libertad que forma parte de una política estatal sistemática. Finalmente, se proponen reformas constitucionales, legales y administrativas para armonizar el sistema procesal con los estándares internacionales.

Abstract

This article demonstrates that Mexico's automatic pre-trial detention regime—known as prisión preventiva oficiosa (PPO)—meets the objective, contextual and subjective elements of the crime against humanity of “imprisonment or other severe deprivation of physical liberty” under Article “7.1 (e)” of the Rome Statute. By examining Inter-American Court of Human Rights case-law, Mexico's conventionality control doctrine and Supreme Court jurisprudence, the study finds that PPO constitutes an arbitrary deprivation of liberty embedded in a systematic State policy. The article closes with a set of constitutional, legislative and administrative reforms designed to realign Mexico's procedural system with international standards and avert the opening of an ICC preliminary examination.

Palabras clave

Prisión preventiva oficiosa; crímenes de lesa humanidad; Corte Penal Internacional; control de convencionalidad; responsabilidad judicial.

Keywords

Automatic pre-trial detention; crimes against humanity; International Criminal Court; conventionality control; judicial liability.

Sumario

1. Introducción. 2. Marco conceptual y metodológico. 3. Marco normativo internacional. 4. Marco normativo mexicano. 5. Colisión normativa y control de convencionalidad. 6. La PPO como crimen de lesa humanidad: elementos objetivo, contextual y subjetivo. 7. Responsabilidad individual de los jueces y principio de complementariedad. 8. Propuestas de solución y ruta legislativa. 9. Conclusiones. 10. Referencias.

1. Introducción

La práctica de la prisión preventiva oficiosa (PPO) en México —impuesta de manera automática por mandato constitucional a personas imputadas a una lista cada vez más amplia de delitos— ha colocado al Estado en el centro de un conflicto normativo de gran calado. Entre 2023 y 2024, el 44 % de la población privada de libertad sin sentencia se encontraba sujeta a PPO, lo que equivale a más de 92 000 personas detenidas sin un examen judicial de necesidad o proporcionalidad, según el Censo Nacional de Sistema Penitenciario elaborado por el INEGI.¹ Paralelamente, la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH) ha reiterado que la figura contraviene estándares internacionales de libertad personal y presunción de inocencia, al tiempo que alienta el uso masivo y discriminatorio del encarcelamiento preventivo.²

Las sentencias Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México (2022) y García Rodríguez y Alpízar Ortiz vs. México (2023) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos declararon inconvencional la PPO e impusieron al Estado la obligación de adecuar su marco normativo.³ Sin embargo, la reforma constitucional del 31 de diciembre de 2024 añadió al artículo 19, párrafo segundo, la instrucción de aplicar la medida “con estricta literalidad”, prohibiendo cualquier interpretación que la mitigue.⁴ Este choque frontal entre una disposición constitucional y la jurisprudencia interamericana plantea no sólo un

2024. <https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2024/08/2024-08-Observaciones-sobre-la-Prisión-Preventiva-Oficiosa.pdf> [Consulta: 27 abril 2025].

3 Corte IDH, Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022”. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf

4 Presidencia de la República, “Decreto por el que se reforma el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa”, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 2024. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5746525&fecha=31/12/2024#gsc.tab=o

1 INEGI: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2024*, Ciudad de México: INEGI, 2024, p. 38.

2 ACNUDH: Organización de las Naciones Unidas, *Observaciones sobre la prisión preventiva oficiosa en México*. Ciudad de México: ACNUDH,

problema de jerarquía normativa interno —a la luz del artículo 1 constitucional y del bloque de convencionalidad—, sino también la posibilidad de activar la responsabilidad penal internacional de los operadores que continúen aplicando la PPO.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) tipifica como crimen de lesa humanidad la “encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional” cuando forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.⁵ La hipótesis de que la imposición sistemática de la PPO constituya ese ataque —y de que los jueces mexicanos puedan ser individualmente imputados bajo los artículos 25 y 28 del Estatuto— ha dejado de ser un mero ejercicio académico: organismos han documentado la expansión legislativa de la medida y su impacto diferenciado sobre grupos vulnerables, lo que refuerza la percepción de una política estatal persistente.⁶

A partir de este contexto, el presente artículo se formula la siguiente pregunta de investigación: *¿Bajo qué condiciones la aplicación judicial de la prisión preventiva oficiosa en México puede subsumirse en el tipo de crimen*

de lesa humanidad previsto en el artículo “7.1 e)” del Estatuto de Roma, lo que genere responsabilidad penal individual para los jueces que la ordenan o mantienen?

La hipótesis central sostiene que, tras las condenas de la Corte IDH y en ausencia de reformas internas efectivas, la imposición continuada y masiva de la PPO configura una privación de libertad arbitraria que, al insertarse en una política estatal reconocible y con conocimiento de los operadores judiciales, cumple los elementos objetivos y subjetivos del crimen de lesa humanidad.

En el plano metodológico, se adopta una aproximación dogmático-hermenéutica complementada con un análisis empírico mínimo de series estadísticas oficiales y de organizaciones de la sociedad civil, lo que permite contrastar la teoría penal internacional con la práctica jurisdiccional mexicana. La investigación se estructura en once secciones: después de este apartado introductorio, se presentan los marcos conceptual, normativo internacional y normativo interno; se analiza la colisión jerárquica y el control de convencionalidad; se examinan los elementos constitutivos del crimen de lesa humanidad aplicados al caso de la PPO; se discute la responsabilidad individual de los jueces y el principio de complementariedad ante la CPI; finalmente, se proponen soluciones legislativas y jurisprudenciales antes de arribar a las conclusiones.

Así planteada, la contribución busca llenar un vacío en la literatura latinoamericana sobre responsabilidad internacional de autoridades judiciales; además de ofrecer un estudio exhaustivo que combine teoría penal internacional, derecho constitucional mexicano y jurisprudencia interamericana. La relevancia práctica del tema trasciende la academia: en la medida en que la PPO siga operando sin controles, el riesgo de imputación internacional para la judicatura mexicana adquiere una

5 AGNU: Asamblea General de las Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Roma: Naciones Unidas, 1998. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

6 México Evalúa, *Más allá de la detención: el uso expansivo de la prisión preventiva oficiosa en México*, Ciudad de México: México Evalúa, 2024, p. 15 y Human Rights Watch, *Presos antes de juicio: detención preventiva y derechos humanos en México* Nueva York: Human Rights Watch, 2024, p. 22.

urgencia inédita que exige reflexión técnica rigurosa y acciones correctivas inmediatas.

2. Marco conceptual y metodológico

La PPO se distingue de la prisión preventiva justificada (PPJ) en que opera de pleno derecho para los delitos enumerados en el artículo 19 constitucional, sin que el juez realice un examen individualizado de necesidad y proporcionalidad.⁷ Dogmáticamente se trata de una medida cautelar *ex lege* que contraviene el principio de excepcionalidad previsto tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos como en las Reglas Nelson Mandela, donde se señala que toda privación de libertad previa a la sentencia debe ser excepcional y estar sujeta a control judicial riguroso.⁸ A la luz de la clasificación del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Detención Arbitraria, toda detención automática y sin control sustantivo se ubica en la categoría II de arbitrariedad, pues viola los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al desconocer la presunción de inocencia.⁹

El artículo “7.1 e)” del Estatuto de Roma tipifica como crimen de lesa humanidad la “encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional”; la configuración típica exige un triple plano analítico. Primero, el elemento objetivo implica la existencia de una privación grave carente de fundamento jurídico compatible con el *ius cogens*; segundo, el elemento contextual requiere que la conducta forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, noción elaborada por la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, particularmente en los asuntos Bemba y Kunarac;¹⁰ tercero, el elemento subjetivo demanda que el autor conozca que su conducta se inserta en dicho ataque; no es indispensable un móvil persecutorio específico, basta la conciencia de la política estatal subyacente¹¹. De hecho, la CPI ha admitido que políticas de detención masiva basadas en normas internas pueden constituir un ataque cuando se dirigen, de manera amplia y organizada, contra un sector de la población, como se observó en el caso Bemba.¹²

Para determinar si la PPO configura un ataque generalizado o sistemático es nece-

7 CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 19, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917, reforma del 31 diciembre 2024. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

8 UNODC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*, Viena: UNODC, 2015. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

9 ACNUDH: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe

al Consejo de Derechos Humanos, 24 diciembre 2012, párrs. 38-43. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9677.pdf>

10 Gerhard Werle, y Florian Jessberger, *Principles of International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 213-215.

11 William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 148-150.

12 CPI: Corte Penal Internacional, *Jean-Pierre Bemba (Bemba I)*, sentencia de primera instancia, ICC-01/05-01/08-3343, 21 mar 2016.párr. 163.

sario valorar tanto su magnitud cuantitativa como sus características cualitativas. En el plano cuantitativo resulta revelador que, durante la última década, la población sujeta a PPO se haya mantenido en niveles persistentemente altos; los datos del INEGI y de la Secretaría de Gobernación muestran un crecimiento sostenido tras las reformas de 2008, 2019 y 2024.¹³ En el plano cualitativo, la sistematicidad se advierte en la existencia de normas de rango constitucional que ordenan la medida, en la expansión legislativa que ha multiplicado las hipótesis de procedencia y en la continuidad de la práctica a pesar de las condenas internacionales. Estos elementos apuntan a la presencia de una política estatal claramente identificable.

La investigación descansa sobre una estrategia metodológica mixta. Desde la perspectiva dogmático-hermenéutica se analizan el Estatuto de Roma, la Constitución mexicana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para establecer los parámetros normativos aplicables. El examen empírico mínimo se apoya en series estadísticas oficiales —principalmente las del INEGI— y en bases de datos elaboradas por organizaciones de la sociedad civil, como el Observatorio de la Prisión Preventiva, a fin de documentar la magnitud y la persistencia de la PPO.

Finalmente, se incorpora una comparación internacional con Colombia y Guatemala, países que han reformado de modo significativo sus régimenes de prisión preventiva automática, lo que permite ilustrar opciones

viables de adecuación normativa y confirmar la relevancia de las recomendaciones formuladas.¹⁴ La combinación de estos enfoques fortalece tanto la validez interna como la externa de los hallazgos y garantiza que las conclusiones descansen en fundamentos jurídicos sólidos y en evidencia empírica contrastada.

3. Marco normativo internacional

El entramado jurídico que rige la detención preventiva y la tutela de la libertad personal descansa, en la órbita universal, sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) y, en el ámbito regional americano, sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El Estatuto de Roma, adoptado en 1998 y vigente para México desde 2006, tipifica en su artículo “7.1 e” el crimen de lesa humanidad como “encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional”, previendo responsabilidad individual no sólo para los ejecutores materiales, sino también para quienes ordenen, induzcan o contribuyan de manera significativa a la comisión del ilícito, conforme a los artículos 25 y 28.¹⁵ La Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobó en 2010 los *Elementos de los Crímenes*, documento que detalla la estructura típica y exige

13 INEGI: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2024*, Ciudad de México: INEGI, 2024, cuadro 5.

14 Rodrigo Uprimny, *La evolución de la prisión preventiva en América Latina: avances y retrocesos*, Bogotá: Dejusticia, 2019, p. 67-70.

15 AGNU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional... op. cit.*

que la privación de libertad sea arbitraria y que forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, ataque del que el autor debe tener conocimiento.¹⁶ Las exigencias configuradas en los elementos imponen un estándar hermenéutico estricto al momento de valorar prácticas estatales que, amparadas en leyes internas, resultan incompatibles con normas de *ius cogens*.

En el plano interamericano, los artículos 7 y 8 de la CADH consagran la libertad personal, el control judicial inmediato de la detención y la presunción de inocencia, pilares cuyo incumplimiento ha sido calificado reiteradamente por la Corte IDH como “detención arbitraria” cuando el Estado impone la privación de libertad sin una evaluación individualizada de su necesidad y proporcionalidad.¹⁷ A partir del célebre precedente Chapman c. Barbados y de su consolidación en Tibi c. Ecuador, la Corte IDH ha establecido que la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva, sujeta a la estricta verificación judicial de los fines procesales, y que la mera gravedad del delito imputado no justifica la privación de libertad. Bajo este parámetro, la PPO entraña una vulneración directa de la CADH al operar de manera automática, sin fundamentación sustancial.

El control de convencionalidad desarrollado por la Corte IDH impone a todos los órganos estatales, incluidos los tribunales, la obligación positiva de interpretar y aplicar el derecho interno de conformidad con el *corpus iuris* interamericano. En el Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México (2022), la corte concluyó que la PPO prevista en el artículo 19 constitucional es *per se* contraria a los estándares de la CADH por su carácter automático y por impedir una valoración caso por caso de la medida cautelar;¹⁸ al año siguiente, en el Caso García Rodríguez y Alpízar Ortiz vs. México, el tribunal reiteró la incompatibilidad estructural de la PPO, ordenó al Estado su eliminación normativa y enfatizó el deber de los jueces de ejercer un control de convencionalidad *ex officio* para impedir su aplicación.¹⁹ Ambos fallos son definitivos y vinculan a todas las autoridades mexicanas en virtud del artículo 68 de la CADH.

Estos pronunciamientos se complementan con las líneas jurisprudenciales en materia de detención preventiva desarrolladas por la Corte IDH en los casos Suárez Rosero vs Ecuador²⁰ y Bayarri vs Argentina²¹, en los que se

¹⁶ Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ICC-ASP/1/3, Nueva York 2011, p. 6-7. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/no2/603/38/pdf/no260338.pdf>

¹⁷ OEA: Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, San José: OEA, 1969. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

¹⁸ Corte IDH, Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México... *op. cit.*

¹⁹ Corte IDH, Caso García Rodríguez y Alpízar Ortiz vs. México, “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de enero de 2023”, párrs. 149-168. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_482_esp.pdf

²⁰ Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, “Fondo, Sentencia del 12 de noviembre de 1997”. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

²¹ Corte IDH, Caso Suárez Bayarri vs. Argentina, “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de octubre de

afirmó que la prisión preventiva automática constituye una violación continuada mientras se mantenga la privación de libertad; a la luz del Estatuto de Roma, la continuidad del delito se traduce en que cada prórroga de la detención arbitraria reitera la conducta prohibida, de manera que la responsabilidad penal internacional puede abarcar a los jueces que, con pleno conocimiento de la ilicitud declarada por la Corte IDH, mantengan o amplíen la privación de libertad.

En cuanto a la naturaleza obligatoria de las sentencias de la Corte IDH, la propia corte ha aclarado, en la Opinión Consultiva OC-9/87, que los Estados parte asumen el compromiso de acatar sus fallos en todos los niveles del ordenamiento jurídico. Aunado a lo referido, el Bloque de Convencionalidad adquirido por México tras la reforma constitucional de 2011 refuerza esa obligación, al reconocer jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos y a la jurisprudencia interamericana. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha asumido este estándar en la contradicción de tesis 293/2011, en la que señala que las decisiones de la Corte IDH son parámetros interpretativos obligatorios y que cualquier autoridad debe preferir la norma más favorable a la persona.²²

La independencia judicial, consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, implica que los jueces no

sólo pueden, sino deben apartarse de normas internas cuando estas contradicen obligaciones internacionales de derechos humanos,²³ cualidad que refuerza la posibilidad de imputar responsabilidad individual por omitir el control de convencionalidad, pues no existe justificación válida basada en subordinación jerárquica frente a la Constitución cuando la medida aplicada viola normas de *ius cogens*; la obediencia debida carece de efectos exculpatorios ante el Estatuto de Roma.

Resulta entonces que el marco internacional —universal y regional— converge en imponer a la judicatura mexicana la obligación de inaplicar la PPO, por lo que la persistencia en su uso, pese a la clara incompatibilidad declarada, no sólo perpetúa la violación continuada de la CADH, sino que además puede constituir el segmento objetivo y subjetivo del crimen de lesa humanidad previsto en el artículo “7.1 e)” del Estatuto de Roma. El carácter generalizado y sistemático de la política estatal subyacente será desarrollado en la sección relativa al elemento contextual del delito; baste adelantar que la conjunción de normativa interna imperativa y su invariable aplicación práctica proporciona los indicios para afirmar la existencia de un ataque contra la población procesada penalmente, ataque que los jueces, en su calidad de órganos decisores, conocen y consolidan.

2008”. https://www.corteidh.or.cr/docs/ca-sos/articulos/seriec_187_esp.pdf

22 Tesis aislada: P.XXX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, tomo I, junio de 2014, p. 162. Registro 2006658.

23 ONU: Organización de las Naciones Unidas, “Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura”. En *Naciones Unidas – Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 1985. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>

4. Marco normativo mexicano

El modelo constitucional de cautela penal en México ha experimentado tres momentos críticos que explican el arraigo de la PPO. La reforma de 18 de junio de 2008 introdujo por primera vez la medida obligatoria para un catálogo reducido de delitos considerados de alto impacto, con el fin declarado de garantizar la comparecencia del imputado y proteger a la sociedad.²⁴ Aquella modificación no previó criterios de excepcionalidad ni controles de compatibilidad con los tratados internacionales vigentes, pese a que el artículo 1 ya incorporaba, desde la reforma de 2001, la jerarquía normativa de los derechos humanos contenidos en tratados ratificados por el Estado. En 2011, la reforma de derechos humanos completó ese bloque al disponer que todas las autoridades, sin excepción, tienen el deber de promover, respetar y garantizar los derechos humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, además de establecer el parámetro de interpretación conforme y el principio *pro personae*.²⁵

Lejos de reducir la aplicación automática de la medida, la reforma constitucional del 12 de abril de 2019 amplió el catálogo de delitos sujetos a PPO, como resultado duplicó el número de supuestos y abarcó conductas tan dispares como abuso sexual contra menores, desaparición forzada y uso de programas sociales con fines electorales; la referida expansión legislativa fue aprobada a contracorriente de las observaciones formuladas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Comisión Interamericana, que advirtieron sobre el riesgo de erosionar la presunción de inocencia y de discriminar a personas en situación de pobreza que carecen de recursos para litigar su libertad.

La coyuntura se agravó con el decreto publicado el 31 de diciembre de 2024, que reformó el segundo párrafo del artículo 19 e incorporó una cláusula de literalidad que ordena a los órganos del Estado aplicar la PPO “sin interpretación análoga o extensiva que pretenda inaplicar, suspender o modificar sus términos”.²⁶ Dicha cláusula pretende blindar la medida frente al control difuso de convencionalidad y, de hecho, se concibe como un mandato de ejecución automática para los jueces de control. La SCJN rechazó suspender los efectos de la reforma en las primeras acciones de inconstitucionalidad presentadas, arguyendo que el examen cautelar de normas constitu-

24 Presidencia de la República, “Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal y seguridad pública”. *Diario Oficial de la Federación*, 2008. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_18o_18jun08.pdf

25 Presidencia de la República, “Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5746525&fecha=31/12/2024#gsc.tab=o

www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf

26 Congreso de la Unión, “Decreto por el que se reforma el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa”, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5746525&fecha=31/12/2024#gsc.tab=o

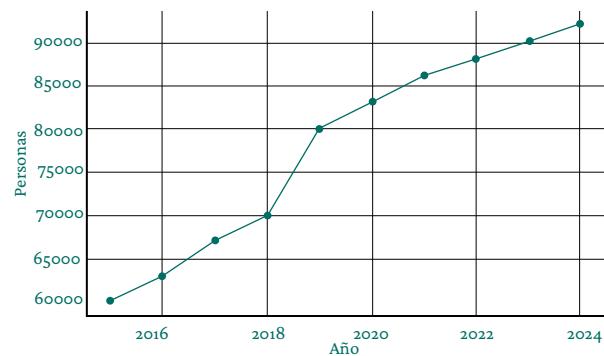
cionales queda fuera de su competencia; sin embargo, varios ministros han manifestado en votos particulares que la cláusula es contraria al principio de supremacía de los derechos humanos y al artículo 133, que incorpora los tratados internacionales al orden interno.²⁷

El propio Pleno de la Corte, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, estableció que las sentencias de la Corte IDH son directrices obligatorias y que la judicatura mexicana debe inaplicar toda disposición interna que resulte incompatible con la CADH, línea que se vio reforzada en la tesis P./J. 20/2014, en la que se precisó que el bloque de convencionalidad posee la misma jerarquía que la Constitución, salvo que una disposición específica otorgue mayor protección al derecho involucrado. La evidente colisión entre la cláusula de literalidad del artículo 19 y las obligaciones internacionales reconocidas por la SCJN genera un conflicto de normas que, a la luz de la regla de prevalencia *pro personae*, debe resolverse a favor del estándar más protector, es decir, en contra de la PPO.

La dimensión empírica confirma el carácter estructural del problema. De acuerdo con el Censo Nacional de Sistemas Penitenciarios de 2024, 44 % de las personas detenidas sin sentencia permanecen sujetas a PPO, proporción que se ha mantenido estable desde 2019 pese a las condenas internacionales y a las recomendaciones de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.²⁸

La Secretaría de Gobernación reconoció, en su Informe Anual 2024 al Congreso, que la reforma de 2024 provocará un incremento de hasta diez mil personas al año en la población penitenciaria, cifra que tensionará aún más un sistema carcelario cuya sobre población ronda entre 18 %,²⁹ datos que corroboran la naturaleza generalizada de la medida y refuerzan la hipótesis de que su imposición obedece a una política pública deliberada más que a decisiones discretionales aisladas.

Figura 1. Evolución de personas sujetas a PPO (2015-2024)



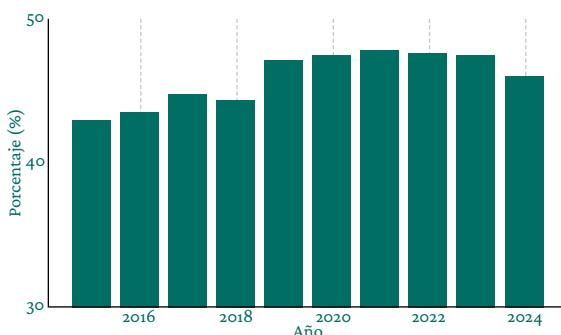
Fuente: Elaboración propia con datos del INEGI, *Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2024*, Ciudad de México: INEGI, 2024.

27 Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 48/2025, Primera sala unitaria del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, ponente: Magistrada Rosio Calzada Cárdenas, 24 de febrero de 2025.

28 INEGI, *Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2024... op. cit.*

29 SEGOB: Secretaría de Gobernación, *Informe Anual 2024 sobre la Situación de los Centros Penitenciarios en la República*, México: SEGOB, 2025, p. 12.

Figura 2. Porcentaje de población sin sentencia bajo PPO (2015-2024)



Fuente: Elaboración propia con datos del INEGI, *Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2024*, Ciudad de México: INEGI, 2024; y de la SEGOB, *Informe Anual 2024 sobre la Situación de los Centros Penitenciarios en la República*, México: SEGOB, 2025.

De esta manera, el marco normativo mexicano vincula a los jueces con dos mandatos contrapuestos: por un lado, la cláusula de literalidad del artículo 19 los obliga a dictar la PPO de manera automática; por otro lado, el artículo 1 y la jurisprudencia de la SCJN les exigen ejercer el control de convencionalidad para inaplicar normas violatorias de derechos humanos. Este doble vínculo normativo genera un dilema de legalidad que, ante la persistencia de la PPO, no puede resolverse invocando obediencia debida, ya que el principio de supremacía de los derechos humanos impone la inaplicación de la norma inferior en caso de conflicto. En consecuencia, la decisión de mantener la PPO, a sabiendas de su incompatibilidad internacional y de su carácter masivo, integra los elementos necesarios para plantear la responsabilidad penal individual de los jueces en el plano internacional, como se analizará al estudiar los componentes del ataque generalizado o sistemá-

tico y los tipos de participación previstos en el Estatuto de Roma.

5. Colisión normativa y control de convencionalidad

La inserción de la cláusula de literalidad en el artículo 19 de la Constitución —que ordena aplicar la PPO “sin interpretación análoga o extensiva” y prohíbe su modificación judicial— agudiza un conflicto que ya existía entre la norma interna y el bloque de convencionalidad, ya que, por un lado, el artículo 1 del Pacto Federal manda a todas las autoridades a interpretar y aplicar las normas de derechos humanos que favorecen, en todo tiempo, a las personas y les dan la protección más amplia, en tanto que, por otro lado, el precepto reformado intenta cerrar la puerta al examen sustantivo de necesidad y proporcionalidad, desplazando cualquier análisis individualizado de la medida. La tensión alcanza su mayor punto cuando los jueces de control, en audiencia inicial, reciben la solicitud de vinculación a proceso para un delito incluido en el catálogo; en ese momento, deben decidir entre obedecer la literalidad constitucional o ejercer el control de convencionalidad que el sistema interamericano exige y que la SCJN ha reconocido como obligatorio.

La doctrina constitucional mexicana, a partir de la reforma de 2011, aceptó el denominado “bloque de convencionalidad”, cuyo contenido está integrado por los tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH y las propias disposiciones constitucionales que protegen derechos fundamentales. La SCJN, en la contradicción de tesis 293/2011, asentó que cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y un tratado de derechos humanos deberá prevalecer la disposición más protectora, sin que la jerarquía formal sea

obstáculo para la inaplicación de la norma restrictiva; este principio obliga a los jueces a preferir la regla de mayor alcance protectivo, aun cuando la norma menos favorable sea de rango constitucional, siempre y cuando la disposición internacional prevea un nivel superior de tutela.

La Corte IDH, por su parte, ha reiterado desde la opinión consultiva OC-14/94 que los Estados parte no pueden invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales y ha precisado, en los casos Almonacid Arellano y Gelman, que incluso las reformas constitucionales carecen de validez frente a las normas imperativas de derecho internacional.³⁰ Bajo esta óptica, la cláusula de literalidad constituye una excepción inconvenencial que debe ser desplazada por el juez nacional mediante el control difuso, pues desconoce la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal consagrados en la CADH.

A nivel interpretativo, la SCJN ha formulado la regla de la “interpretación conforme y control de convencionalidad *ex officio*”, la cual impone a toda autoridad judicial el deber de analizar primero si es posible armonizar la norma interna con el estándar internacional; de no serlo, debe inaplicarla; la imposición automática de la PPO carece de margen razonable para la armonización, ya que la Corte

IDH la ha calificado como violación *per se* de los artículos 7 y 8 de la CADH.³¹ Aun si se admitiera la constitucionalidad formal de la reforma de 2024, el juez estaría obligado a inaplicar la medida por contravenir normas convencionales dotadas de igual o mayor jerarquía.

Resulta ilustrativo el debate interno que siguió al fallo de la SCJN en el amparo directo en revisión 2934/2014, donde la Primera Sala concluyó que el catálogo de la PPO debía interpretarse restrictivamente a fin de permitir al juez analizar la idoneidad de la medida; aunque el criterio fue posteriormente superado por la reforma de 2019, esto demuestra que ya existía conciencia en la judicatura federal sobre la necesidad de sujetar la detención preventiva a estrictos cánones de proporcionalidad.³² La reforma de 2024 pretende clausurar ese margen interpretativo, pero al hacerlo se coloca en abierta contradicción con la obligación convencional de garantizar un control judicial sustantivo de la libertad.

En términos de jerarquía normativa, el sistema mexicano adopta una estructura monista atenuada, donde los tratados gozan de rango constitucional; de ahí se desprende que la contradicción entre el artículo 19 y la CADH debe resolverse a favor de esta última; la doctrina de la Suprema Corte, además, ha señalado que el principio de no regresividad en materia de derechos impide introducir reformas constitucionales que disminuyan el

³⁰ Corte IDH, Opinión consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 9 diciembre 1994”, párrs. 35-38. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1262.pdf>

³¹ Corte IDH, Caso García Rodríguez y Otro vs. México... *op. cit.*

³² Tesis aislada: I.50.C.9 K (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo III, junio de 2015, p. 2363. Registro digital 2009329.

nivel de protección previamente alcanzado. Al endurecer la obligatoriedad de la PPO, la reforma de 2024 representa un retroceso proscripto por el artículo 1 y por la jurisprudencia derivada de la tesis P./J. 20/2014.³³

Esto se debe a lo referido *ad supra*, que los jueces que continúen aplicando la PPO argumentando una pretendida supremacía del texto constitucional incurren en un error de jerarquía normativa y, en consecuencia, se sitúan en un escenario de responsabilidad al sostener, con pleno conocimiento, una privación de libertad contraria a normas fundamentales de derecho internacional. La excusa de obediencia debida es jurídicamente inviable porque el artículo 133 prescribe la supremacía de los tratados y la SCJN ha conferido rango constitucional a la CADH; además, el Estatuto de Roma excluye la obediencia jerárquica cuando la orden es manifiestamente ilegal, presunción que se activa por la reiterada condena de la Corte IDH.

En conclusión, la colisión normativa entre la cláusula de literalidad y el bloque de convencionalidad es insalvable a favor de la primera. El deber de control difuso impone a la judicatura la inaplicación de la PPO; el incumplimiento de ese deber, en un contexto de recurrencia sistemática y conocimiento previo de la ilicitud, constituye un presupuesto sólido para plantear la concurrencia del elemento subjetivo del crimen de lesa humanidad y abre la puerta a la responsabilidad penal internacional individual de los jueces.

6. La PPO como crimen de lesa humanidad: elementos objetivo, contextual y subjetivo

La primera cuestión consiste en constatar que la PPO encaja en el verbo rector “encarcelación u otra privación grave de la libertad física” del artículo “7.1 e)” del Estatuto de Roma. Conforme a los *Elementos de los Crímenes*, la conducta es típica cuando priva a la persona de su libertad sin sustento en normas internacionales aceptables; basta demostrar la arbitrariedad y la gravedad de la medida.³⁴ La Corte IDH ya calificó la PPO como detención arbitraria *per se*, lo que satisface el requisito de ilicitud internacional. Desde la óptica empírica, como con anterioridad se ha referido, los datos del Censo Nacional de Sistemas Penitenciarios 2024 indican que 92 038 personas permanecen privadas de libertad bajo PPO, cifra que representa el 44 % de los internos sin sentencia y que supera en 18 % el promedio latinoamericano de prisión preventiva. La magnitud, sumada a la automática imposición derivada del artículo 19, confirma la “gravedad” exigida por el Estatuto.

El elemento contextual exige que la privación de libertad forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. La jurisprudencia de la CPI ha definido “generalizado” como la comisión a gran escala y “sistemático” como la existencia de un plan o política estatal organizada, parámetros consolidados en Bemba y Kunarac.³⁵

33 Tesis jurisprudencial: P./J. 20/2014 (10^a), Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo I, abril de 2014, p. 202. Registro digital: 2006224.

34 Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ICC-ASP/1/3... *op. cit.*, p. 6-7.

35 CPI: Penal Internacional, *Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia, CCI-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de

En México, la PPO opera con base en un mandato constitucional dirigido potencialmente a cualquier imputado de los delitos listados y se aplica de forma uniforme en todo el territorio federal. La reforma de 2019 duplicó el catálogo y la de 2024 cerró la puerta al control judicial, lo que revela un diseño normativo sostenido en el tiempo, característico de una política de Estado. Organizaciones han documentado la expansión legislativa y el impacto desproporcionado sobre personas en pobreza, jóvenes y mujeres indígenas, mostrando que la medida no es episódica ni accidental, sino estructural.³⁶ El patrón se refuerza por la previsión oficial de la Secretaría de Gobernación, según la cual la cláusula de 2024 añadirá hasta 10 000 nuevos ingresos anuales al sistema penitenciario. En conjunto, la escala y la regularidad de la PPO satisfacen los criterios cuantitativo y cualitativo del ataque.

El elemento subjetivo requiere que el perpetrador conozca que la privación arbitraria forma parte de ese ataque. El artículo 30 del Estatuto de Roma exige, como regla, intención y conocimiento: la intención de privar de libertad y la conciencia de que el acto se inscribe en el ataque generalizado o sistemático. Los jueces mexicanos han sido notificados de las sentencias *Tzompaxtle Tecpile* (2022) y *García Rodríguez y Alpízar Ortiz* (2023); además, la SCJN, al resolver la contradicción de tesis 293/2011 y la tesis P./J. 20/2014, reiteró la obligatoriedad del con-

trol de convencionalidad; en consecuencia, la ilicitud internacional de la PPO es patente y debidamente conocida por la judicatura. Cuando un juez, pese a esa claridad, dicta o mantiene la medida, actúa al menos con dolo eventual: acepta la ocurrencia de la privación arbitraria y la integra dentro de la política estatal. La exclusión de obediencia debida prevista en el artículo 33 del Estatuto de Roma elimina cualquier eximente basada en subordinación jerárquica, puesto que la orden es manifiestamente ilegal tras la condena interamericana.

Así, los tres componentes del tipo penal concurren: objetivamente existe una privación grave y arbitraria; contextualmente la práctica responde a una política estatal generalizada y sistemática; y subjetivamente los jueces conocen la ilicitud y la naturaleza del ataque. Esto abre la puerta a la atribución de responsabilidad conforme a los artículos 25 y 28 del Estatuto, ya sea como autores directos —cuando dictan la medida— o como superiores que no impiden su mantenimiento. Esta conclusión se refuerza porque México carece de investigaciones internas dirigidas a sancionar la práctica, circunstancia que activa el principio de complementariedad y habilita a la CPI para ejercer jurisdicción, aspecto que se desarrollará en la sección dedicada a la complementariedad y los escenarios procesales ante La Haya.

7. Responsabilidad individual de los jueces y principio de complementariedad

La atribución penal internacional descansa en la doctrina de la autoría y participación prevista en los artículos 25 y 28 del Estatuto de Roma. El primer precepto consagra la responsabilidad de quien comete, ordena, indu-

2016; TPIY: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscal vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, sentencia de apelación IT-96-23-A, 12 junio 2002, párr. 94.

³⁶ México Evalúa, op. cit., p. 11; Human Rights Watch, *op. cit.*, p. 22.

ce o presta ayuda o asistencia significativa a la comisión del crimen; el segundo extiende la responsabilidad a los superiores que, con conocimiento o posibilidad de conocimiento, omiten prevenir o reprimir las conductas de sus subordinados —parámetro consolidado en la jurisprudencia de la CPI a partir de los asuntos Bemba y Katanga—.³⁷ En el contexto de la PPO, el juez que dicta la medida encaja en la categoría de autor directo porque su decisión constituye el acto mismo de privación de libertad, mientras que los magistrados de alzada que confirman la medida pueden calificar como coautores o, al menos, cómplices, dado que su resolución es condición de mantenimiento del encarcelamiento arbitrario.

El estándar de conocimiento requerido por el artículo 30 se satisface por la publicidad de las sentencias Tzompaxtle Tecpile y García Rodríguez y Alpízar Ortiz, así como por el criterio vinculante de la SCJN sobre control de convencionalidad; la persistencia en aplicar la PPO, pese a esa claridad, revela la aceptación del resultado lesivo y la integración del dolo eventual, situación que la CPI ha considerado suficiente para afirmar intención, como se observó en Bemba Apelación.³⁸ La línea jurisprudencial también rechaza la obediencia debida: el artículo 33 exime sólo cuando “la orden no sea manifiestamente ilícita”, condición que aquí no se cumple dada

la declaración interamericana de inconvenencialidad; por ello, la exculpación resulta inoperante.

El principio de complementariedad, recogido en el artículo 17, restringe la intervención de la CPI a supuestos de incapacidad o falta de voluntad genuina del Estado para investigar y sancionar el delito. Es de destacarse que el Estado mexicano no ha iniciado procesos penales ni disciplinarios contra miembros del Poder Judicial por la aplicación de la PPO; tampoco ha tipificado de forma integral los crímenes de lesa humanidad, de modo que no existe un foro interno para perseguir la conducta con adecuación típica y sanción proporcional. La ausencia de investigación activa un indicio de “inadmisibilidad negativa” conforme al *Policy Paper on Preliminary Examinations* de la Fiscalía de la CPI, que considera la inacción estatal como indicador de falta de voluntad.³⁹

Además de lo referido en líneas anteriores, la estructura normativa mexicana obstaculiza cualquier investigación efectiva: el Código Penal Federal no incorpora el artículo 7 del Estatuto; la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé responsabilidad administrativa, pero no penal, para las resoluciones jurisdiccionales, y la SCJN ha interpretado que sólo procede el juicio cuando el actuar del juez sea “notoriamente ilícito”—categoría cuya aplicación práctica es casi inexistente—. Esta arquitectura confirma la imposibilidad interna de juzgar la conducta y refuerza la competencia de la CPI.

La experiencia comparada demuestra que la inacción estatal en casos de detención

³⁷ CPI: Corte Penal Internacional, *Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo...* op. cit., párrs. 179-181; CPI: Corte Penal Internacional, *Fiscal contra Germain Katanga*, sentencia, ICC-01/04-01/07, 7 marzo 2014, párrs. 1264-1268.

³⁸ CPI: Corte Penal Internacional, *Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, sentencia de apelación*, ICC-01/05-01/08-323-tSPA, 8 junio 2018, párr. 165.

³⁹ CPI: Corte Penal Internacional, *Policy Paper on Preliminary Examinations*, La Haya: CPI, 2013, párrs. 44-48.

masiva ha sido factor determinante para la apertura de investigaciones, como ocurrió en las situaciones preliminares de Filipinas y Venezuela.⁴⁰ En el caso filipino, la negativa del gobierno a investigar ejecuciones extra-judiciales llevó a la Fiscalía a solicitar autorización para iniciar una investigación formal; algo similar podría plantearse respecto de la PPO si persiste la falta de acciones judiciales internas.⁴¹ La complementariedad, lejos de ser un obstáculo, funciona como incentivo: cuanto más retarde México la adecuación normativa y la persecución doméstica de la privación arbitraria, mayor será la posibilidad de que la Fiscalía abra un examen preliminar y, eventualmente, solicite órdenes de comparecencia contra jueces responsables.

La responsabilidad no se agota en los jueces de primera instancia. Los miembros de tribunales de apelación y de órganos de gobierno judicial que diseñan lineamientos para la aplicación automática de la PPO pueden incurrir en responsabilidad por contribuir de manera esencial a la política estatal, en tanto participan en su diseño o validación normativa. El artículo 28 exige “control efectivo” sobre los subordinados; ese control se

materializa en la capacidad para revocar o modificar resoluciones que imponen la medida, por lo que la omisión reiterada de ejercer ese control, pese al conocimiento público del carácter arbitrario de la PPO, satisface el elemento de culpabilidad exigido por la CPI.

En suma, el estatuto normativo y la práctica mexicana configuran un escenario donde la falta de investigación interna, la permanencia de la política estatal y el conocimiento explícito de la ilicitud convergen para cumplir los requisitos de imputación individual y complementariedad. La ventana de oportunidad para corregir el rumbo sigue abierta: el Poder Legislativo puede derogar la cláusula de literalidad y sustituir la PPO por un esquema de prisión preventiva justificada, y el Consejo de la Judicatura Federal podría emitir criterios obligatorios que exijan a los jueces valorar la medida caso por caso. De lo contrario, la inercia normativa y jurisprudencial consolidará la hipótesis de lesa humanidad y permitirá a la CPI asumir jurisdicción activa, con las consecuencias procesales, reputacionales y jurídicas que ello entraña para la judicatura mexicana.

40 CPI: Corte Penal Internacional, *Situación en la República Bolivariana de Venezuela I. Informe de la Fiscalía*, ICC-02/18, 14 diciembre 2020, párr. 183.

41 CPI: Corte Penal Internacional, *Situación en la República de Filipinas. Solicitud de autorización para iniciar investigación*, ICC-01/21, 24 mayo 2021, párrs. 27-30.

8. Propuestas de solución y ruta legislativa

Cuadro 1. Hitos normativos clave en materia de PPO (2008-2024)

Año	Instrumento normativo	Contenido principal	Impacto sobre la PPO
2008	Reforma const. DOF 18-VI-2008	Introduce PPO para catálogo acotado de "delitos graves".	Nace la obligación automática.
2011	Reforma de Derechos Humanos	Bloque de convencionalidad y principio <i>pro personae</i> .	Abre la puerta al control judicial, pero sin derogar la medida.
2019	Reforma const. DOF 12-VI-2019	Catálogo ampliado (16 hipótesis).	Duplica los supuestos de PPO.
2022	Sent. *Tzompaxtle Tecpile* (Corte IDH)	Declara la PPO incompatible <i>per se</i> con la CADH.	Obliga a su eliminación normativa.
2023	Sent. *García Rodríguez y Alpízar Ortiz* (Corte IDH)	Reitera la inconvencionalidad y ordena la reforma.	Fortalece el deber de inaplicación judicial.
2024	Reforma const. DOF 31-XII-2024	Cláusula de "literalidad" que prohíbe interpretaciones mitigadoras	Blinda la PPO y agrava la colisión convencional.

Fuente: Elaboración propia con base en los decretos de reforma constitucional publicados en el DOF en 2008, 2011, 2019, 2024 y en las sentencias de la Corte IDH en el Caso Tzompaxtle Tecpile vs. México (2022) y Caso García Rodríguez y Alpízar Ortiz vs. México (2023).

La persistencia de la PPO demanda un paquete integral de reformas que combine enmiendas constitucionales, ajustes legislativos y directrices administrativas orientadas a restablecer la primacía de los derechos humanos y a neutralizar el riesgo de responsabilidad internacional.

Por principio, en el plano constitucional, el primer paso ineludible consiste en derogar la cláusula de literalidad añadida al artículo 19 en 2024, a fin de reintegrar a los jueces la facultad de valorar la necesidad y proporcionalidad de la detención preventiva. El proce-

dimiento de reforma previsto en los artículos 135 y 71 exige mayoría calificada en el Congreso y la aprobación de al menos 17 legislaturas locales. La experiencia reciente indica que la viabilidad política aumentaría si la iniciativa se acompaña de un capítulo transitorio que garantice la gradualidad de la despresurización carcelaria y la asignación de recursos a medidas cautelares alternativas, como el brazalete electrónico, cuya eficacia probada en Colombia redujo en 23 % la población preventiva entre 2014 y 2018.⁴²

A nivel legal, es indispensable reformar el Código Nacional de Procedimientos Pe-

⁴² Observatorio de Política Criminal de Colombia, *Informe Estadístico sobre Medidas Alternativas a la Detención Preventiva 2019*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 2020, p. 14.

nales para suprimir la referencia a la automática imposición de la PPO y establecer un catálogo cerrado de criterios para la adopción de la prisión preventiva justificada, tomando como modelo, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de Guatemala, que exige prueba razonable de peligro procesal y fija revisiones periódicas obligatorias cada seis meses;⁴³ ésta coincide con la directriz formulada por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Detención Arbitraria en su Informe 2022, donde se recomienda someter toda medida cautelar privativa de libertad a control judicial periódico para evitar su prolongación indefinida.

La armonización con el Estatuto de Roma requiere tipificar expresamente los crímenes de lesa humanidad en el Código Penal Federal, conforme a los elementos descritos por la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma, lo que no sólo satisfaría el principio de legalidad interna, sino que dotaría a la Fiscalía General de la República de competencia directa para perseguir detenciones arbitrarias masivas sin depender de la CPI. Países de la región, como Argentina y Chile, tipificaron el artículo 7 del Estatuto con redacciones casi literales, lo que facilitó la colaboración judicial internacional y robusteció la cooperación con La Haya. También resulta imperativo reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial para crear un procedimiento disciplinario específico contra jueces que omitan el control de convencionalidad con sanciones que incluyan inhabilitación, de

modo análogo al régimen vigente en Costa Rica desde 2019.⁴⁴

En el ámbito administrativo, el Consejo de la Judicatura Federal puede emitir, sin necesidad de reforma legislativa, lineamientos que obliguen a los juzgadores a exponer motivación reforzada cuando se trate de delitos tradicionalmente cubiertos por la PPO; ejemplo de lo referido es que esta práctica fue adoptada por la Corte Suprema de Brasil en 2020 y redujo en 17 % el número de autos de prisión preventiva emitidos en un año.⁴⁵ Al mismo tiempo, la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana debe invertir en tecnología de supervisión y en programas de libertad bajo fianza para garantizar medidas sustitutivas viables, pues la experiencia comparada demuestra que la efectividad de las reformas se diluye cuando no existen mecanismos electrónicos de localización y equipos de supervisión comunitaria.

Por último, se considera necesario establecer un sistema de monitoreo estadístico con indicadores desagregados por género, etnia y situación socioeconómica, a cargo del INEGI y con acceso público, para evaluar trimestralmente el impacto de las reformas. La transparencia de datos no sólo facilitará la rendición de cuentas, sino que permitirá medir el cumplimiento de las sentencias interamericanas y proveerá a la comunidad internacional elementos objetivos sobre la voluntad de México de corregir la situación, factor decisivo para la Fiscalía de la CPI al evaluar la pertinencia de su intervención.

43 Congreso de la República de Guatemala. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Decreto 51-92, *Diario de CentroAmérica*, 14 de diciembre de 1992.

44 Ley Orgánica del Poder Judicial, núm 7333, Costa Rica, reforma del 12 febrero 2019.

45 Conselho Nacional de Justiça do Brasil, *Resolução 417/2020 sobre fundamentação da prisão preventiva*, 20 setembro 2020.

La adopción coordinada de estas medidas enviaría una señal clara de compromiso con la prevalencia de los derechos humanos y aliviaría la presión internacional, al mismo tiempo, ofrecería a la judicatura un marco normativo coherente que elimine la disyuntiva entre obedecer la Constitución o a la CADH, lo que reforzaría la seguridad jurídica y la protección de la libertad personal.

9. Conclusiones

La hipótesis planteada al inicio de este trabajo queda confirmada: la imposición y mantenimiento de la PPO —en su diseño normativo actual y en su práctica judicial cotidiana— satisfacen los elementos objetivo, contextual y subjetivo del delito de lesa humanidad previsto en el artículo “7.1 e)” del Estatuto de Roma.

Objetivamente, la PPO constituye una privación grave de la libertad carente de justificación conforme a las normas fundamentales del derecho internacional, tal como lo ha reconocido la IDH al calificarla de arbitraria. Contextualmente, la medida obedece a una política estatal generalizada y sistemática que deriva de un mandato constitucional imperativo y se refleja en un universo de más de 90 000 personas detenidas sin sentencia cada año. Subjetivamente, los jueces conocen la ilicitud internacional de la PPO desde las sentencias Tzompaxtle Tepçile y García Rodríguez y Alpízar Ortiz, así como por la doctrina obligatoria del control de convencionalidad establecida por la SCJN; pese a ello, continúan aplicándola, lo que satisface el requisito de conocimiento exigido por el Estatuto.

El análisis de la complementariedad revela que México carece de mecanismos penales internos para perseguir la conducta y

no ha demostrado voluntad de reformar la normativa; por el contrario, la cláusula de literalidad de 2024 refuerza la obligatoriedad de la PPO y consolida la inacción estatal, lo que incrementa la probabilidad de que la Fiscalía de la CPI considere que el asunto es admisible y de que se abra un examen preliminar, siguiendo la ruta observada en situaciones comparables como Filipinas y Venezuela.

Frente a este escenario, el Estado dispone de una estrecha ventana para revertir la situación, consistente en la derogación de la cláusula de literalidad, la conversión de la PPO en una medida justificada sujeta a control estricto y la tipificación interna de los crímenes de lesa humanidad conforman la tríada mínima de adecuación. A estas reformas se debe sumar la creación de procedimientos disciplinarios y penales efectivos contra jueces que ignoren el control de convencionalidad, así como un sistema estadístico transparente que permita verificar la reducción progresiva de la detención preventiva automática. Las acciones referidas no sólo reubicarían a México en la senda del *ius constitutionale commune* latinoamericano, sino que, además, disiparían la sombra de la responsabilidad penal internacional individual que hoy se cierne sobre su judicatura.

En definitiva, la PPO, tal como se aplica, no es una mera cuestión de política criminal interna, sino un problema de justicia internacional que compromete la credibilidad del Estado y la seguridad jurídica de sus operadores. La respuesta debe ser inmediata y comprehensiva: el respeto al bloque de convencionalidad, la reforma legislativa y la rendición de cuentas judicial son los pilares imprescindibles para evitar que los tribunales de La Haya se conviertan en el foro donde se juzgue la omisión de los propios jueces mexicanos.

Referencias

- ACNUDH: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe al Consejo de Derechos Humanos*. Ginebra: ACNUDH: 2012.
- ACNUDH: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Observaciones sobre la prisión preventiva oficiosa en México*. Ciudad de México: ACNUDH, 2024. <https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2024/08/2024-08-Observaciones-sobre-la-Prision-Preventiva-Oficiosa.pdf>
- AGNU: Asamblea General de las Naciones Unidas, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Nueva York: Naciones Unidas, 1998. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *ICC-ASP/1/3*, Nueva York, 2011. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/no2/603/38/pdf/no260338.pdf>
- Congreso de la Unión, “Decreto por el que se reforma el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa”, *Diario Oficial de la Federación*, 2024. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5746525&fecha=31/12/2024#gsc.tab=o
- Congreso de la República de Guatemala. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Decreto 51-92, *Diario de CentroAmérica*, 14 de diciembre de 1992.
- Conselho Nacional de Justiça do Brasil, *Resolução 417/2020 sobre fundamentação da prisão preventiva*, 20 setembro 2020.
- Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México. “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022”. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf
- Corte IDH, Caso García Rodríguez y Alpízar Ortiz vs. México, “Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023”. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_482_esp.pdf
- Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, “Fondo, Sentencia del 12 de noviembre de 1997”. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf
- Corte IDH, Caso Suárez Bayarri vs. Argentina, “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de octubre de 2008”. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf
- Corte IDH, Opinión consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 9 diciembre 1994”. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1262.pdf>
- Corte IDH, Opinión consultiva OC-14/94, “Responsabilidad internacional por la promulgación y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 9 diciembre 1994”. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1262.pdf>

- CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, (reforma del 31 diciembre 2024).
- CPI: Penal Internacional, *Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de primera instancia, CCI-01/05-01/08-3343, 21 de marzo de 2016
- CPI: Corte Penal Internacional, *Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo*, sentencia de apelación, ICC-01/05-01/08-323-tSPA, 8 junio 2018.
- CPI: Corte Penal Internacional, *Fiscal contra Germain Katanga*, sentencia, ICC-01/04-01/07, 7 marzo 2014.
- CPI: Corte Penal Internacional, *Situación en la República de Filipinas. Solicitud de autorización para iniciar investigación*, ICC-01/21, 24 mayo 2021.
- CPI: Corte Penal Internacional, *Situación en la República Bolivariana de Venezuela I. Informe de la Fiscalía*, ICC-02/18, 14 diciembre 2020.
- CPI: Corte Penal Internacional, *Policy Paper on Preliminary Examinations*. La Haya: CPI, 2013.
- Human Rights Watch, *Presos antes de juicio: detención preventiva y derechos humanos en México*, Nueva York: Human Rights Watch, 2024
- INEGI: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2024*, Ciudad de México: INEGI, 2024. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnsipef/2024/doc/cnsipef_2024_resultados.pdf
- Ley Orgánica del Poder Judicial, núm 7333, Costa Rica, reforma del 12 febrero 2019. https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=18809&n
- México Evalúa, *Más allá de la detención: el uso expansivo de la prisión preventiva oficiosa en México*, Ciudad de México: México Evalúa, 2024.
- Observatorio de Política Criminal de Colombia, *Informe Estadístico sobre Medidas Alternativas a la Detención Preventiva 2019*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 2020, p. 14.
- OEA: Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (Pacto de San José) San José: OEA, 1969. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- ONU: Organización de las Naciones Unidas, “Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura”, En Naciones Unidas – *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 1985. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>
- Presidencia de la República, “Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal y seguridad pública”. *Diario Oficial de la Federación*, 2008. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18juno8.pdf
- Presidencia de la República, “Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf

Presidencia de la República, “Decreto por el que se reforma el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficial”, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 2024. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5746525&fecha=31/12/2024#gsc.tab=o

SCHABAS, William, *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

SEGOB: Secretaría de Gobernación, *Informe Anual 2024 sobre la Situación de los Centros Penitenciarios en la República*, México: SEGOB, 2025.

Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 48/2025, Primera Salda unitaria del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, 24 de febrero de 2025.

Tesis aislada: P.XXX/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, décima época, tomo I, junio de 2014, p. 162. Registro 2006658.

Tesis aislada: I.50.C.9 K (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima

época, tomo III, junio de 2015, p. 2363. Registro digital 2009329.

Tesis jurisprudencial: P.J. 20/2014 (10a.), Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo I, abril de 2014, p. 202. Registro digital: 2006224.

TPIY: Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscal vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, sentencia de apelación IT-96-23-A, 12 junio 2002, párr. 94.

UNODC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*. Viena: UNODC, 2015. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

UPRIMNY, Rodrigo, *La evolución de la prisión preventiva en América Latina: avances y retrocesos*, Bogotá: DeJusticia, 2019, p. 67-70.

WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, *Principles of International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2020.