Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos

Nº 10 | 2024

ISSN -e: 2660-7964
https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10

EQUIPO EDITORIAL

CONSEJO DE REDACCIÓN

Directora/editora:
Ana María Rodríguez Tirado — Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Directora adjunta/editora:
Isabel Zurita Martín — Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz (España)

Vocales/editoras:
Secciones "Estudios" y "Análisis"
María Josefa Rodríguez Mesa — Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España)
Secciones "Crónicas" y "Recensiones"
María José Cervilla Garzón — Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz (España)

Secretario editorial/editor:
Pablo García Molina — Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Vocales:
Juan Antonio Alberca de Castro — Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Cádiz (España)
Francisco Miguel Carrasco González — Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cádiz (España)
Emilia Girón Reguera — Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz (España)
Inmaculada González García — Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)
Manuel Jesús Rozados Oliva — Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz (España)
Leticia Cabrera Caro — Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz (España)
Carlos Varela Gil — Profesor Contratado Doctor de Derecho Romano de la Universidad de Cádiz (España)

Secretaría de redacción:
José Caro Catalán — Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)
Diego Jesús Maldonado Guzmán — Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal de la Universidad de Málaga (España)

COMITÉ CIENTÍFICO

Pedro Jesús Baena Baena — Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla (España)
Vicenzo Barba — Professore Ordinario di Diritto Privato della Sapienza Università di Roma (Italia)
Juan Carlos Campo Moreno — Ex-Ministro de Justicia. Magistrado (España)
Joseph Carby-Hall — Director of International Legal Research en la Univesity of Hull (Reino Unido)
Ana María Carmona Contreras — Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España)
Raquel Castillejo Manzanares — Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela (España)
Jesús Cruz Villalón — Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)
José Alejandro del Valle Gálvez — Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)
Francisco Escribano López — Profesor Emérito de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Sevilla (España)
Manuel Estrella Ruiz — Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz. Magistrado (España)
Liliana Estupiñán Achury — Profesora de Régimen Territorial y Derecho Constitucional en la Universidad Libre (Colombia)
Rocco Favale — Professore Ordinario di Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino (Italia)
Antonio Fernández de Buján y Fernández — Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid (España)
Javier García Oliva — Professor of Law in University of Manchester (Reino Unido)
Juan Francisco Herrero Perezagua — Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza (España)
Simone Marinai — Professore Associato di Diritto Internazionale dell'Università di Pisa (Italia)
Javier Martínez-Torrón — Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid (España)
Lorenzo Mezzasoma — Professore Ordinario di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Perugia (Italia)
María Luisa Moreno-Torres Herrera — Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga (España)
Daniele Negri — Professore Ordinario di Diritto processuale penale dell'Università degli Studi di Ferrara (Italia)
María del Carmen Núñez Lozano — Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva (España)
Ana Isabel Pérez Cepeda — Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España)
María José Roca Fernández — Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España)
Andrés Rodríguez Benot — Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pablo de Olavide (España)
Cristina Sánchez-Rodas Navarro — Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)
Francesco Sidoti — Professore Emérito di Criminologia e Sociologia nell'Università di L'Aquila (Italia)

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos
https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/index
ISSN-e: 2660-7964
DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM

Universidad de Cádiz
Facultad de Derecho
Avda. de la Universidad, 4
11406 Jerez de la Frontera (Cádiz)
revista.rejucrim@uca.es

Editorial UCA
REVISTAS | Universidad de Cádiz

SUMARIO

PRESENTACIÓN 7

Presentación 4

Ana María Rodríguez Tirado

ESTUDIOS 13

Aproximación al concepto de bien jurídico penal. Sobre su validez actual en el sistema penal 15

María Dolores Martínez Pérez

Críticas de Justicia restaurativa al Derecho Penal: algunas respuestas y posibles límites 55

Antonio Cardona Barber

Fundamentos jurídico-sociales de la seguridad y salud en el trabajo: una perspectiva crítica para la protección integral de la fuerza de trabajo 85

Luis Alberto Quintana García

Las rutas de navegación: desafíos y oportunidades actuales para el transporte marítimo de mercancías 129

Blanca Romero Matute

Los crímenes terroristas de ETA como delitos de lesa humanidad en el Derecho Penal español: el informe de misión del Comité de Peticiones del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2022 161

Alberto Baixauli Fernández

La actuación normativa del Grupo de Acción Financiera Internacional frente al criptoblanqueo 217

Yago González Quinzán

De la denuncia a la sentencia. La atrición en los delitos de violación en España desde la perspectiva del Derecho Procesal 265

Irene De Lamo Velado

Gestación subrogada. Consecuencias jurídicas y legislativas de la Directiva Europea 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo 309

María Angustias Alcázar Escribano

Los trabajos preparatorios de UNCITRAL para la elaboración de un Convenio sobre Documentos de Carga Negociables 347

María Paz Martín Castro

La hoja de encargo del contrato de prestación de servicios jurídicos. Especial atención al precio 377

Mario Neupavert Alzola

ANÁLISIS 251

La lucha contra el cibercrimen y las últimas reformas penales en España e Italia: luces y sombras 405

Chiara Crescioli

RECENSIONES 307

LEÓN ALAPONT, José, *La prisión permanente revisable en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 692 páginas 433

Cristian Sánchez Benítez

RAMOS VIVAS, José, Manual de comunicación y divulgación científica. Un libro imprescindible para conocer y dominar las claves de la comunicación científica y facilitar así su divulgación en la sociedad de la información, Berenice, Córdoba, 2021, 352 páginas 439

Juan Carlos Velasco Perdigones

PRESENTACIÓN

Presentación

El número 10 de la Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos (REJUCRIM) se presenta con diez trabajos de investigación en la Sección de Estudios y uno en la Sección de Análisis, en los que consta la fecha de recepción y aceptación tras el correspondiente proceso de revisión. Se completa el número con dos recensiones a sendas obras de reciente publicación.

Las disciplinas de procedencia, principalmente, jurídicas de los trabajos de investigación se ajustan a los ámbitos científicos objeto de esta revista: Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo, Derecho Procesal y Derecho Penal y Criminología. Y las temáticas de los mismos abordan cuestiones de actualidad como el bien jurídico penal, la justicia restaurativa, los fundamentos jurídico-sociales de la seguridad y salud en el trabajo, las rutas marítimas en la navegación desde si análisis mercantil, las políticas antiblanqueo en el criptoblanqueo, los delitos de terrorismo, la elaboración del nuevo instrumento internacional sobre documentos de carga negociables de UNCITRAL, la hoja de encargo del contrato de prestación de servicios del abogado, la penalización de la gestación subrogada y la evolución penal sobre el cibercrimen y su aplicación.

En la Sección de Estudios, se ha incluido diez estudios realizados por las y los siguientes autores:

1. María Dolores MARTÍNEZ PÉREZ examina el concepto de bien jurídico penal a partir de su evolución histórica y desde sus diversas concepciones, completando su estudio con la reflexión sobre su validez como instrumento para dar respuesta a los desafíos del Derecho Penal.

2. Antonio CARDONA BARBER estudia la contraargumentación de las críticas planteadas desde la justicia restaurativa al modelo de Derecho Penal liberal.

3. Luis Alberto QUINTANA GARCÍA circunscribe el objetivo principal de su trabajo a establecer los fundamentos jurídico-sociales de la seguridad y salud en el trabajo desde una vertiente crítica.

4. Blanca ROMERO MATUTE aborda el estudio de los factores

Cómo citar este trabajo: RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, "Presentación", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 9-11, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.01

desestabilizantes en las rutas marítimas que demandan una transformación hacia una navegación más eficiente y sostenible desde la perspectiva mercantil.

5. Yago GONZÁLEZ QUINZÁN se centra en el análisis de las políticas antiblanqueo actuales aprobadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) con el objetivo de alcanzar la armonización jurídica nacional y la configuración de un régimen preventivo eficaz contra el criptoblanqueo.

6. Alberto BAIXAULI FERNÁNDEZ analiza el Informe de misión del Comité de Peticiones del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2022 sobre la posibilidad de considerar los delitos de terrorismo de la banda terrorista ETA como delitos de lesa humanidad.

7. María Paz MARTÍN CASTRO profundiza en los aspectos fundamentales del régimen que el futuro Convenio procura al nuevo título representativo creado y avanza algunas de las cuestiones más problemáticas que puedan surgir ante una posible convivencia de los instrumentos vigentes en materia de transporte internacional y el nuevo instrumento internacional sobre documentos de carga negociables que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) está elaborando.

8. Mario NEUPAVERT ALZOLA se adentra en el análisis de si tiene carácter obligatorio para el abogado o, al menos, cuando concurran consumidores la hoja de encargo que el abogado formaliza por escrito del contrato de prestación de servicios, además de estudiar la utilidad de dicha hoja.

9. Irene DE LAMO VELADO se marca como objetivo en su trabajo analizar la tasa de desgaste procesal o atrición de los procesos penales por delitos de violación en España desde una perspectiva empírica.

10. María Angustias ALCÁZAR ESCRIBANO enfoca su trabajo en examinar la acción que se trata de sancionar en la gestión subrogada y en invitar a reflexionar sobre la situación actual, además de poner de relieve la política de hechos consumados que, en el ámbito del Derecho Privado, validan dicha práctica al entrar en conflicto con el interés del menor.

En la Sección de Análisis, se contiene el trabajo de Chiara CRESCIOLI que acota su trabajo al análisis de la evolución de la legislación penal contra el cibercrimen y su aplicación jurisprudencial desde una perspectiva comparada entre España e Italia, dedicando especial atención a las estafas informáticas y al empleo ilícito de los medios de pagos distintos del efectivo.

Y en la Sección de Recensiones, Cristian SÁNCHEZ BENÍTEZ recensiona la obra de José LEÓN ALAPONT, *La prisión permanente revisable en España*, editada en 2024. Y Juan Carlos VELASCO PERDIGONES comenta la obra de José RAMOS VIVAS, *Manual de comunicación y divulgación científica. Un libro imprescindible para conocer*

y dominar las claves de la comunicación científica y facilitar así su divulgación científica en la sociedad de la información, editada en 2021, en su aplicación transversal a las ciencias jurídicas.

El Consejo Editorial transmite su agradecimiento a las y los autores que publican en esta revista y a las y los que la consultan en su quehacer investigador o profesional, así como a las y los revisores por el excelente trabajo, cuyos informes contribuyen a la mejora de la calidad de esta revista. Gracias a tod@s.

El próximo número se publicará en el mes de junio de 2025. Está abierto el plazo de recepción de los nuevos trabajos orientativamente hasta el 15 de abril de 2025 a través de la plataforma de la revista (https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim).

Jerez de la Frontera, 17 de diciembre de 2024

Ana María Rodríguez Tirado
Directora de la Revista

ESTUDIOS

Aproximación al concepto de bien jurídico penal. Sobre su validez actual en el sistema penal

Approach to the concept of criminal legal goods. On its current validity in the criminal system

MARÍA DOLORES MARTÍNEZ PÉREZ

Abogada y Profesora Sustituta Interina de Derecho Penal.

Universidad de Almería (España)

mariadoloresmartinez@ual.es

https://orcid.org/0000-0003-1341-0335

Resumen: El presente artículo realiza un análisis general del concepto de bien jurídico penal, entendiendo por tal el objeto merecedor de protección por parte del ordenamiento jurídico penal.Analiza su evolución histórica y sus diversas concepciones.

Define su contenido y las funciones que debe cumplir dentro del ámbito penal, así como una clasificación de los distintos bienes jurídico penales existentes, todo ello para analizar si sigue siendo un instrumento válido capaz de dar respuesta a los desafíos del Derecho penal.

Abstract: *This paper analyzes the concept of criminal legal right, understanding as such the object deserving of protection by the criminal legal system. It analyzes its historical evolution and its various conceptions to highlight the challenges it must respond to today society.*

It defines its content and the functions it must fulfill within the criminal field, as well as a classification of the different existing criminal legal assets, all of this to analyze whether it continues to be a valid instrument capable of responding to the challenges of criminal law.

Recepción: 16/01/2024 Aceptación: 26/07/2024

Cómo citar este trabajo: MARTÍNEZ PÉREZ, María Dolores, "Aproximación al concepto de bien jurídico penal. Sobre su validez actual en el sistema penal", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 15-53, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.02

Palabras clave: teoría del bien jurídico, bien jurídico penal, Derecho penal, Derecho penal simbólico, expansión del Derecho penal.

***Keywords**: theory of the legal good, criminal legal good, criminal law, symbolic criminal law, expansion of criminal law.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SÍNTESIS HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO. 2.1. El carácter formal como rasgo principal de su concepción. 2.2. El elemento espiritual, nueva cualidad del bien jurídico. 2.3. La dimensión social como contenido material del bien jurídico. 2.4. La referencia imprescindible del bien jurídico: la Constitución. 3. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL BIEN JURÍDICO-PENAL. 4. NECESIDAD DE DEFINIR UN BIEN JURÍDICO-PENAL. 5. FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO PENAL. 6. CLASES DE BIENES JURÍDICO-PENALES. 6.1. Bienes jurídico-penales individuales. 6.2. Bienes jurídico-penales supraindividuales y la idoneidad del Derecho Penal para su tutela. 6.3. Bienes jurídicos intermedios e intereses difusos. 7. PANORAMA ACTUAL Y RETOS PARA EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO-PENAL. 7.1. Elevada complejidad social. 7.2. El principio del daño como posible alternativa a la teoría del bien jurídico-penal. 7.3. El crecimiento del Derecho penal. 7.4. La tutela de los intereses de las generaciones futuras y la protección penal de los daños acumulativos. 7.5. La efectividad del Derecho penal. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El bien jurídico es un pilar fundamental en el ámbito del Derecho penal, razón por la que siempre reviste interés acudir a los retos que la sociedad actual plantea para la definición de los perfiles del bien jurídico penal.

Y es que, pese a haber sido estudiado en numerosas ocasiones y con gran profundidad, nunca pierde interés por su evolución y la del contexto al que debe adaptarse, o mejor dicho, con el que debe crecer en cada momento.

No pretende este artículo abordar la teoría del bien jurídico penal en toda su extensión y profundidad, esa labor es, sencillamente, imposible. El objeto de este trabajo es dar una visión global de la misma para dar respuesta a si el bien jurídico sigue siendo útil a la Ciencia penal, si sigue siendo un instrumento necesario para la misma o, por el contrario, debe prescindirse de él.

Desde la creación del concepto de bien jurídico hasta la actualidad, el desarrollo tanto el ordenamiento jurídico penal como la sociedad han sido enormes. Para comprender el progreso conjunto de uno y otra expongo una síntesis histórica de esta figura. Las condiciones de su nacimiento, los problemas a los que ha ido dando respuesta durante su evolución y que han enriquecido su contenido, son imprescindibles para entender en qué consiste, en el momento actual el bien jurídico penal.

Una vez ubicados en la contemporaneidad, se realiza un análisis de los distintos bienes jurídicos que existen, su clasificación y las funciones que debe cumplir y de los retos y desafíos para los que la sociedad de nuestros días, le exige soluciones.

Éste estudio desemboca en la pregunta de sí podemos seguir acudiendo al concepto de bien jurídico penal o existen alternativas mejores que lo han superado.

2. SÍNTESIS HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO

La noción de bien jurídico penal quizá sea una de las ideas más conflictivas del Derecho Penal. Llama la atención como tratándose de uno de los centros de gravedad de esta rama del ordenamiento, de un enunciado de gran tradición histórica que cuenta con más de ciento ochenta años de antigüedad, sigue teniendo un contenido de difícil definición, todavía arduamente discutido por la doctrina sin que se haya logrado un consenso sobre el mismo.

El concepto de bien jurídico no surge hasta mediados del siglo XIX, con un marcado carácter liberal, como consecuencia de la reacción de la Ilustración y de la Revolución Frances[1]ante la monarquía absoluta. Forma parte de una corriente de transformación de la totalidad del sistema jurídico iniciada en el siglo XVIII. Hasta entonces el Derecho Penal fundamentaba su legitimidad en la idea, adoptada por FEUERBACH, de protección de los derechos subjetivos y evitando la dañosidad social que supone la comisión de delitos.

Fue en 1834 cuando BIRBAUM, dando un paso definitivo y trascendente a la tendencia individualista que por aquel entonces marcaba el Derecho, acuñó este término. Desde entonces se ha entendido de diversas formas, entre las que destacan las siguientes.

2.1. El carácter formal como rasgo principal de su concepción

BINDING fue el encargado de redescubrir el concepto de bien jurídico, que hasta ese momento no había tenido acogida. Su pensamiento es acorde con la ideología penal del Estado alemán del Segundo Imperio[2]. El poder del Estado y el deber de obediencia de los ciudadanos constituyen el fundamento de su teoría jurídico penal.

Percibe la norma como algo diferente de la ley. Las normas son preceptos autónomos del Derecho Público general, cuya infracción no supone alterar la ley. Se caracterizan por ser previas al Derecho Penal y por tener como destinatarios a los ciudadanos. Sin constituir normas en sentido estricto nos encontramos con

1 CUELLO CONTRERAS, J. E*l derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. Madrid: Dykinson, 2002, p. 46; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Política penal en el Estado democrático." *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 37.2 (1984): 333-346.

2 HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Política penal en el Estado democrático.", *Op. cit.*, p. 336.

las leyes penales. En realidad, se trata de "proposiciones jurídicas autorizadoras", dirigidas a los jueces penales a los que les permiten imponerlas cuando algún ciudadano ha vulnerado una norma[3]. Consecuentemente, el delito se entiende como un incumplimiento de la norma que es sancionado por el Derecho Penal[4].

El bien jurídico es "todo lo que, a los ojos de la ley, en tanto condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para esta"[5]. Es creado por el Derecho, que se sirve de la opinión del legislador para elegir los objetos que merecen protección[6]. Para la salvaguarda de estos objetos valiosos, el Estado crea normas. Cada norma encierra un bien[7] por lo que cualquier contravención de esta supone una lesión o puesta en peligro del bien jurídico que contiene[8]. Por tanto, el catálogo de bienes jurídicos se encuentra en las normas[9].

La distinción entre el delito criminal y la mera infracción administrativa trata de fundamentarla en la búsqueda de un sustrato material. Tal sustrato consistiría en el fin de las normas, que no es otro que el mantenimiento de unas condiciones concretas para una sana vida en común. Estas condiciones se materializan en los bienes jurídicos por su calidad de bien para la vida jurídica[10].

La teoría de las normas de BINDING no supone en ningún momento un límite al ius puniendi del Estado[11], sino todo lo contrario. El poder del Estado y el deber de obedecerle de todos los ciudadanos son los pilares de su pensamiento. El Estado se hallaba en una situación de superioridad que le permitía decidir en cualquier momento "que quería punir y como quería punir" (LISTZ)[12]. Se trata de una

---

3 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1992, p. 316.

4 MORILLAS CUEVA, L. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización." *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada 2* (1983), p. 62.

5 BINDING citado por JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Marcial Pons, 1997, 50.

6 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*. Maestros del Derecho Penal, 2002, p. 113.

7 Es lo que BUSTOS RAMÍREZ ha llamado "el criterio de inmanencia de los bienes jurídicos" por los que ellos "son inmanentes a la norma, esto es que cada norma tiene y determina totalmente su bien jurídico".
BUSTOS RAMÍREZ, J. J. *Control social y sistema penal (Del estado actual de la teoría del injusto).* Promociones y Publicaciones Universitarias, 1987, pp 137 y ss.

8 HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Política penal en el Estado democrático.", *Op. cit.,* p. 336.

9 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal*. Madrid: 1996.Universitas, p. 326.

10 HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Política penal en el Estado democrático.", *Op. cit.*, p. 336

11 OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho pena*. Madrid: Facultad de Derecho, 1981, p. 336 y MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método, Op. cit.*, p. 113.

12 BINDING citado por HIRSCH, H. J. "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico." *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y de la criminologia*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 374.

postura conservadora[13], que en ningún momento se atreve, ni lejanamente, a criticar la preeminencia del Estado[14].

Con el neokantismo comienza una tendencia por la que se difumina el bien jurídico[15]. Los objetos merecedores de tutela penal no existen con anterioridad al ordenamiento, sino que nacen coetáneos a la norma. El nacimiento del bien jurídico se produce cuando se crea una norma, puesto que este consiste en "el sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares" (HONIG[16]) o en "la abreviatura del pensamiento teleológico" (GRÜNHUT y SCHWINGE[17]).

La Escuela de Kiel (DAHM, SCHAFFSTEIN) en un primer momento se mostró contraria al concepto de bien jurídico, hasta el extremo de propugnar su eliminación a favor de la idea del deber ser[18], pero después de las aportaciones realizadas por SCHWINGE y KLEE, lo defendieron a ultranza. Este cambio de postura se debió a que estos autores mostraron la idoneidad de este concepto para servir a los fines del nacionalsocialismo, lo que supone, según MIR PUIG, "la más clara muestra de su ineficacia como concepto limitador hasta ese momento"[19].

---

13 LUZÓN PEÑA, D. M. *Curso de derecho penal*, *Op. cit.*, p. 326.

14 LISTZ, F. V. *Tratado de Derecho Penal.* Vol. 2. Madrid: Hijos de Reus, 1914 p. 4, se opuso a las ideas de Binding por su carácter formalista, mostrándose en contra de una concepción del delito como una violación del deber de obediencia de los ciudadanos frente al Estado y que se olvida de las condiciones de vida de la comunidad humana jurídicamente organizada.
Otra de las críticas que se le han formulado a Binding es reducir el Derecho Penal a un instrumento meramente sancionatorio MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, p. 206, otorgándole un carácter accesorio y secundario MORILLAS CUEVA, L. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", *Op. cit.*, p. 62 Consiste únicamente en un resorte que salta cuando una norma ajena a él ha sido vulnerada.

15 GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*. Madrid: Fundación Juan March, 1983, p. 16 HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Política penal en el Estado democrático.", *Op. cit.* p. 339; OCTAVIO DE TOLEDO, E. Sobre el concepto de derecho penal, *Op. cit.*, p. 338.

16 Citado por JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, *Op. cit.*, p. 50.

17 Citados por MORILLAS CUEVA, L. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", *Op. cit.*, p. 68.

18 GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, *Op. cit.*, p. 16; MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, p. 115. OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho penal*, *Op. cit.*, p. 338.

19 Adoptar este concepto de bien jurídico supone:

- Limitarlo a su función interpretativa, abandonando su aspecto material y con ello su misión crítica (de esta opinión HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Política penal en el Estado democrático.", *op .cit*., p. 339, MORILLAS CUEVA, L. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", *Op. cit.,* p. 68 y PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos." *Cuadernos de Política Criminal* 39 (1989), p. 725.
- Igualar la finalidad de la norma con el interés que debe ser protegido. La falta de uniformidad RUDOLPHI, H. J. "Los diferentes aspectos del concepto bien jurídico." *Nuevo Pensamiento Penal* (1975), p. 331., es una peculiaridad de esta concepción. No existe un ideal de bien jurídico aplicable a todos los delitos, este es diferente de cada uno de ellos. Además, si cada norma es distinta

JAKOBS[20] es el más reciente defensor del positivismo. Como tal, convierte a la norma en el centro de gravedad de su pensamiento.

La norma posee un significado, los comportamientos suficientemente importantes como para suponer una negación del mismo conforman el área de aplicación del Derecho Penal. El ordenamiento penal se erige como una garantía de aplicación de la pena frente a los ataques a las expectativas normativas esenciales.

Su ideal es el respeto absoluto a las normas, a la paz jurídica. Por ello entiende el bien jurídico penal como la vinculatoriedad práctica de la norma[21], como la firmeza frente a las decepciones en el ámbito de vigencia de la norma puesta en práctica.

2.2. El elemento espiritual, nueva cualidad del bien jurídico

En general, a cualquier formulación del bien jurídico de esta clase se le pueden realizar unas críticas determinadas[22].

El delito no se ubica en la realidad social, pertenece al mundo de los valores, de la cultura. Consecuentemente, un código penal que recoja este tipo de concepción del bien jurídico se convierte en un código moral o ético o religioso. Supone que va a plasmarse en ellos la ética de la mayoría, o de un determinado grupo social y esta no es función del ordenamiento jurídico penal. Su cometido no es imponer unos valores determinados a los ciudadanos.

Los límites del ius puniendi serán aquellos que el legislador establezca en la política criminal que quiera desarrollar, pero no se encontrarán en el ámbito material del bien jurídico, como debería ser, que aquí aún se encuentra sin desarrollar.

Los mayores representantes de esta concepción son WELZEL y MAYER. WELZEL elaboró la denominada "doctrina de los valores ético-sociales de acción"[23]. Aunque

---

de otra, y no existen, porque sería absurdo, dos normas iguales, no puede darse el caso que un mismo bien jurídico esté protegido mediante la prescripción de distintas conductas en distintas normas.

20 JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, *Op. cit.,* pp. 44 y ss.

21 Cómo sucede con otras concepciones normativistas, el bien jurídico ideado por JAKOBS, ni es previo a la norma HIRSCH, H. J. "Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico", *Op. cit.*, p. 371. ni supone una garantía al poder punitivo del Estado SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 268.

22 *Vid.*GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)." *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 69 (1983), p. 85 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo, Op. cit.*, p. 268.; TERRADILLOS BASOCO, J. M. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de la tutela jurídico-penal." *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 63 (1981), p. 126.

23 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito, Op. cit.*, pp. 5 y ss.

formulada previamente a la Segunda Guerra Mundial, su gran acogida tuvo lugar cuando esta finalizó, gracias a su contenido ético y humanista.

El bien jurídico, a diferencia de lo que hemos visto hasta ahora, no se crea al mismo tiempo que la norma[24], sino que se encuentra en la realidad social.

La función del Derecho es proteger "los valores elementales de conciencia, de carácter ético y social" y para poder cumplir adecuadamente esta misión distingue, dentro de cada norma, el desvalor de acto[25] y el desvalor de resultado.El enunciado penal recoge un comportamiento considerado negativo (desvalor de acto) y mediante su prohibición trata de evitar la lesión de un bien jurídico (desvalor de resultado)[26].

Las aportaciones de este autor marcaron un antes y un después en el estudio del bien jurídico[27] por revelar que, para un adecuado estudio del injusto, no podemos limitarnos únicamente al ataque al bien jurídico. Además, deben tenerse en cuenta elementos de carácter subjetivo.

El amparo que, a partir de ese momento, se dispensará a los bienes jurídicos estará marcado por atender a los intereses a que sirve[28]. Ya no tiene carácter absoluto.

La lesión del bien jurídico adquiere un nuevo enfoque. Sigue desempeñando un papel fundamental dentro del contenido del injusto, pero éste no se agota aquí[29]. No podemos olvidarnos, al estudiar el delito, de su autor. Se contempla la posibilidad que el sujeto titular de un bien jurídico pueda, por ejemplo, disponer de él.

Distinta concepción de la teoría de las normas de BINDING es la formulada por MAYER, para quién, con carácter previo al Derecho, existen las normas de cultura[30].Las normas de cultura están configuradas por "el conjunto de mandatos y

---

24 *Vid*. HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Política penal en el Estado democrático", *Op. cit.*, pp. 340 y ss.

25 BUSTOS RAMÍREZ, J. J. *Control social y sistema penal (Del estado actual de la teoría del injusto), Op. cit.*, pp. 181 y ss.

26 A WELZEL se le ha contestado el orden que por el que otorga protección penal, sancionando en primer término, desvalores de acto para prevenir desvalores de resultado. Lo correcto sería investigar, en un primer momento, que bienes jurídicos deben ser objeto de protección. Una vez fijados estos son cuando debe procederse a prescribir las conductas atentatorias de los mismos. Crítica efectuada por CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español*: "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal." *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1981), p. 461.

27 Así lo ha resaltado GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría), Op. cit.*, p. 21.

28 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito, Op. cit.*, pp. 50 y ss.

29 OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho penal, Op. cit.*, p. 339, n.p. 990.

30 Así lo han resaltado JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación, Op. cit.*, p. 51; MORILLAS CUEVA, L. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", *Op. cit.*, p. 69; OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho penal, Op. cit.*, p. 336 y MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método, Op. cit.*

prohibiciones que se dirigen al ciudadano, como pueden ser exigencias religiosas, morales, convencionales, como exigencias del tráfico o de la profesión"[31]. Es el medio utilizado por una determinada sociedad, poseedora de unos rasgos concretos, para exigir las conductas adecuadas a sus intereses[32].

Únicamente reconoce MAYER que algunos intereses fundamentales son innatos a la propia naturaleza humana[33].

Son el punto de partida para la creación de los enunciados jurídico-penales, resultado del reconocimiento, bajo determinados presupuestos y dentro de ciertos límites, de las normas de cultura seleccionadas por el Estado.

Existen, por tanto, dos tipos de normas:

- Normas de cultura[34] dirigidas por la cultura al ciudadano y que recogen la orden de no lesionar determinados bienes o intereses.
- Normas jurídicas, orientadas al Juez para que este pueda sanar o castigar las lesiones de bienes jurídicos.

La misión del ordenamiento jurídico reside en dotar a los bienes de carácter jurídico y garantizar su protección[35]. Para que un interés alcance la consideración de bien jurídico ha de cumplir tres requisitos[36]:

- Merecer la protección, atendiendo a la importancia del bien y la gravedad intrínseca del ataque al mismo.
- Estar necesitado de protección, idoneidad de la misma.
- Ser capaz de protección, lo que supone, en primer lugar, la falta de eficacia de otros medios de reacción previstos en el ordenamiento jurídico y que sean menos drásticos que los punitivos; y, en segundo lugar, la capacidad del ordenamiento penal de prestarle tal protección.

---

31 MAYER citado por SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 317.

32 SILVA SÁNCHEZ, J. M. Aproximación al derecho penal contemporáneo, *Op. cit.*, p. 317., n.p. 35.

33 MAYER citado JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*, *Op. cit.*, p. 50.

34 La norma de cultura de Mayer ha sido criticada por considerarse innecesaria, en ocasiones, su existencia para poder formular una norma jurídico penal. Entiende SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 319, que la ley penal puede actuar en determinados ámbitos antes de que exista una norma social sobre los mismos. Pero es que, para el caso de que la regulación penal incida sobre campos sobre los que ya se ha producido una norma sociocultural, la tutela penal que se lleve a cabo sobre los mismos puede ser distinta en algún aspecto o, incluso, totalmente opuesta a las "normas de cultura".

35 MAYER citado por SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 317.

36 FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M.D. "Los límites al ius puniendi." *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 3.47 (1994), p. 96.

Se consideran bienes jurídicos a aquellos presupuestos valiosos y necesarios para la existencia[37].

Esta noción de bien jurídico resulta inservible como barrera del poder punitivo del Estado. Según MIR PUIG[38] "un objeto empírico no puede, obviamente, limitar al legislador".

Al igual que ocurría con la tesis de BINDING, puede oponerse a la concepción de MAYER su caracterización del Derecho penal como una rama secundaria y accesoria del resto del ordenamiento.

2.3. La dimensión social como contenido material del bien jurídico

El primer representante de la concepción social del bien jurídico fue LISTZ, a quién hay que atribuirle el logro de ser el primer creador de un concepto de bien jurídico de contenido material[39] que sirve como límite al poder punitivo del Estado (el bien jurídico constituye "la frontera de lo punible"[40]). Es a partir de las aportaciones de LISTZ cuando el bien jurídico empieza a desarrollar su función crítica, aunque sea de forma muy rudimentaria, e igualmente cuando se empieza a establecer la distinción entre bien jurídico y objeto de ataque (u objeto material).

Entiende por bien jurídico "el interés jurídicamente protegido"[41]. Se caracteriza porque su existencia es previa al Derecho, "el orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. Según LISTZ todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad (…), los intereses vitales resultan de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada en Estado o viceversa". Supone la entrada de las ciencias sociales dentro del Derecho Penal[42].

---

37 MAYER citado HEFENDELH, R. "¿Debe ocuparse el derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto." *Revista electronica de ciencia penal y criminología,* 4 (2002), p. 2.

38 PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método, Op. cit.*, p. 114.

39 Así GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría), Op. cit.*, p. 15; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Política penal en el Estado democrático", *Op. cit.,* MORILLAS CUEVA, L. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", *Op. cit.*; MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método, Op. cit.*, p. 113; OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho penal*, *Op. cit.*, p. 337; (Rudolphi 334).

40 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método, Op. cit.* p. 113

41 LISTZ, F. V. *Tratado de Derecho Penal*, *Op. cit.*, pp. 22 y ss.

42 A la concepción del bien jurídico ideada por LISTZ se la considera una teoría incompleta por no desarrollar suficientemente las nociones de "interés de la vida" o "interés jurídicamente protegido" Se queda a medias por no fijar los criterios adecuados para la selección de los bienes jurídicos, lo que trae como consecuencia la falta de practicidad de su teoría. De esta opinión ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. "Bien jurídico y Constitución." *Cuadernos de Política Criminal* (1991), p. 18., MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método, Op. cit.*, p. 116; MORILLAS CUEVA, L. "Aproximación

Más adelante surgen las "teorías funcionalistas", entre cuyos representantes se encuentra AMELUNG[43]. Según este autor, para que pueda ejercerse la función limitativa del poder punitivo estatal, necesariamente tenemos que remitimos a la idea de dañosidad social. Sólo si esta concurre será lícita la imposición de una pena.

Considera el delito[44] como un acto disfuncional porque "cuestiona la confianza institucional en el sistema" y entiende por norma penal aquella cuya finalidad es "la conservación del sistema". Busca sustituir el bien jurídico por la idea de funcionalidad de los sistemas sociales, alegando para ello que el bien jurídico ha sido a lo largo de su historia, un concepto carente de efectividad[45].

Por su parte, CALLIES[46] entiende por bienes jurídicos los presupuestos que aseguran las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales[47].

HASSEMER[48] es partidario de una teoría del bien jurídico de orientación personal que funcionalice los intereses generales del Estado a partir del individuo. Bienes jurídicos son aquellos intereses humanos que requieren protección penal[49]. La pro-

---

teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización.", *Op. cit.*, p. 69; OCTAVIO DE TOLEDO, E. S*obre el concepto de derecho penal*, *Op. cit.*, p. 337, HORMAZÁBAL MALARÉE, H. "Política penal en el Estado democrático.", *Op. cit.* p.337 estima que, en último término, las ideas de LISTZ poseen matices que refuerzan la idea de Estado, debido a que en ocasiones iguala los intereses del hombre con los del Estado.

43 Sobre este autor véase ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. "Bien jurídico y Constitución", *Op. cit.*, p. 18; GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría), Op. cit.*; MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*

44 Véase ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. "Bien jurídico y Constitución", *Op. cit.*, pp. 15 y ss.

45 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, p. 118.

46 Para un estudio en profundidad del pensamiento de, véase MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, pp. 121 y ss.

47 Considera que el ordenamiento penal tiene atribuida una función social y de ella deriva la protección de los bienes jurídicos así entendidos MORILLAS CUEVA, L. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", *Op. cit.*, p. 72; MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, p. 121. La estructura social está configurada cómo una red de distribución de las posibilidades de participación recíprocas en los sistemas sociales: CALLIES encomienda al ordenamiento penal la protección de tal estructura. El bien jurídico constituye, ante todo, una garantía del ciudadano frente al poder del Estado.
El propio CALLIES advertía cuál es el peligro en el que se puede caer si se adopta su pensamiento: centrar la protección en la estructura social olvidándose de cuales son el objeto y el sujeto concretamente amparados por el ordenamiento penal. Un correcto funcionamiento del sistema social es el objeto genérico de protección penal, mientras que los bienes jurídicos conforman los objetos determinados de dicha protección.

48 HASSEMER, W. "El destino de los derechos de los ciudadanos en un Derecho Penal. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico." *Doctrina Penal*, 46 (1989).

49 El principio del bien jurídico, según HASSEMER, se caracteriza por:
1. No tener en sí mismo la facultad de responder a la cuestión de merecimiento de pena.
2. Su ambivalencia, que ha permitido servir de argumento para la criminalización/descriminalización según la situación de la legislación penal en cada momento histórico concreto.

tección que se dispense a las instituciones debe enfocarse como una posibilidad de protección de la persona. Dentro de las discusiones jurídicas el concepto de bien jurídico servirá para decantarse por una concepción personal en el momento de elegir los objetos necesitados de protección penal.

MIR PUIG[50], como portavoz de un concepto social de bien jurídico, sitúa su estudio en un campo no examinado hasta entonces en nuestro país.

Considera los bienes jurídicos como las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales[51], traduciendo tales condiciones necesarias en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación sociales. Tales posibilidades de participación deben ser voluntarias.

Centrándonos en esta definición, hay que concretar que el bien jurídico está llamado a limitar al legislador, sólo podrá ser aquello que merezca ser protegido por la ley penal[52].

Lo importante a la hora de fijar un bien jurídico son las consecuencias que pueda tener su lesión para el funcionamiento de los sistemas sociales, olvidándose de cualquier valoración moral que pueda hacerse.

Interesante es el planteamiento realizado por GÓMEZ BENÍTEZ[53] que enlaza la teoría de prevención general de la pena con la idea de perjuicio social. Busca definir materialmente el perjuicio social como necesidad preventivo general de pena.

El concepto de bien jurídico que adoptemos va a ser vital en cuanto que:

1. Una conducta amenazante del bien jurídico es una de las condiciones necesarias para ser criminalizada.
2. Puede impedir o facilitar una adecuación precipitada del Derecho Penal a los intereses de la política criminal.
3. En la medida que este concepto se "disuelva" dejan de protegerse los intereses humanos para pasar a tutelar instituciones sociales.
4. Si es un concepto preciso será rico en consecuencias político-criminales, si no está bien delimitado restará efectividad a la teoría del bien jurídico.

50 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*, pp. 123 y ss.

51 A juicio de OCTAVIO DE TOLEDO, E. Sobre el concepto de derecho penal.*Op. cit.* pp.342 y ss, el error de MIR PUIG puede ser producir un perjuicio a aquellos individuos que no se hayan integrados en el sistema social que trata de mantener. Se puede beneficiar a unos individuos en perjuicio de otros.

1. La teoría de sistemas presenta serios obstáculos a la hora de precisar los bienes jurídicos por:
2. Las diferencias existentes entre los distintos sistemas sociales.
3. La dificultad de definir las propiedades de los sistemas.
4. Lo tortuoso que resulta para esta teoría abarcar el equilibrio y cambio del sistema.
5. Ser capaz o no de explicar el significado de las acciones sociales.
6. La posibilidad que la teoría de sistemas instrumentalice al individuo.
7. La teoría de sistemas aparece como una reconstrucción formalizada de la dialéctica.

No siempre se puede ofrecer una explicación concreta a los distintos fenómenos sociales.

52 Referente a la distinción entre bien jurídico y bien jurídico penal, véase MIR PUIG, S. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi." *Estudios de Política Criminal,* 14 (1990).

53 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)", *Op. cit.*

El ejercicio del poder punitivo solo puede sustentarse en la protección de bienes jurídicos de carácter social. Únicamente pueden ser sancionadas las conductas socialmente dañosas, siendo necesario prevenir únicamente cuando pueda motivarse a la colectividad social a quién va dirigida la prohibición.CUELLO CONTRERAS[54] opina que en ocasiones GÓMEZ BENÍTEZ se olvida que la protección del sistema social tiene lugar a través de normas establecidas por individuos y dirigidas a individuos.

La delimitación del perjuicio social vendrá condicionada por el concepto de prevención general que se utilice y por la teoría sociológica manejada. Aunque se tome como referencia el hecho cometido, no es necesaria la mediación del bien jurídico.

2.4. La referencia imprescindible del bien jurídico: la Constitución

El primer autor que centró su atención en la Constitución en el momento de definir el bien jurídico fue SAX[55], tratando que el ordenamiento penal y el constitucional fuesen totalmente coincidentes. Los bienes jurídicos serán aquellos acordes con el orden de valores establecido en la Constitución.

Por su parte, RUDOLPHI[56] estima que el ordenamiento penal a la hora de definir cuáles son los bienes jurídicos a los que debe prestar protección, se encuentra con unas decisiones valorativas fundamentales previas englobadas en la Constitución que son de obligado cumplimiento. Este tipo de decisiones valorativas permiten dejar al margen de la tutela penal las acciones inmorales.

Considera los bienes jurídicos como unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente y, por tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados[57]. La constitucionalidad o no de un bien es el criterio a seguir para concederle protección penal.

ROXIN[58] defiende que para poder hablar de un bien jurídico vinculante político-criminalmente tenemos que partir del Estado de Derecho que recoge la Ley Fundamental y cuya piedra angular es la libertad del individuo.

---

54 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, *Op. cit.*, p. 57.

55 MORILLAS CUEVA, L. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", *Op. cit.*, p. 71.

56 RUDOLPHI, H. J."Los diferentes aspectos del concepto bien jurídico", *Op. cit.*, pp. 341 y ss.

57 Según este autor, los conceptos de bien jurídico que hasta ahora se habían construido cubrían parcialmente las funciones que debe cumplir, pero su definición aúna los distintos aspectos que el bien jurídico ha presentado a lo largo de su historia. MORILLAS CUEVA, L. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización", *Op. cit.,* p. 71 no está de acuerdo con esta afirmación ya que, a su juicio, RUDOLPHI únicamente aporta un punto de referencia valorativo para la creación de bienes jurídicos.

58 ROXIN, K. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 55 y ss.

Este pensamiento dibuja los bienes jurídicos como circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social y global; se caracteriza por su dinamismo, por encontrarse abierto tanto al cambio social como a los progresos del conocimiento científico.

De este modo[59] el Estado cumple su función de asegurar una existencia humana digna, basada en el libre desarrollo de la personalidad, pues así viene configurada en la Constitución.

Esta formulación peca, por un lado, de un desmesurado "naturalismo"[60], por otro lado, su utilidad se limita simplemente a dejar fuera del ámbito de punibilidad a conductas atentatorias exclusivamente de criterios morales.

Dentro de la doctrina italiana[61] varios autores se han inclinado por una concepción constitucional del bien jurídico, considerando la norma fundamental como un punto de referencia sobre el que elaborar el ordenamiento penal. Podemos citar a FIANDACA, para quién de la Constitución solo pueden obtenerse los criterios "potencialmente vinculantes" que se fijarán en la legislación que desarrolle la Constitución; a PULITANO, que defiende la existencia de lagunas deliberadamente no cubiertas en la Constitución a fin de ser fijadas por el legislador ordinario que posee la libertad de decidir que bienes jurídicos protege como cuando debe protegerlos anticipadamente[62], o a Musco, que sostiene que la Constitución italiana mandaquelaspersonasdeben tender a la reeducación, estableciendo unos principios limitativos al legislador:

- De la comisión de un delito se deriva una "dañosidad social".
- Los bienes jurídicos han de ser perceptibles por el intelecto.

Bienes jurídicos serán, por consiguiente, los valores conceptualmente apreciables, de directa o mediata procedencia constitucional, que sirven para asegurar las condiciones esenciales de la vida en común.

Pero, sin duda alguna, ha sido BRICOLA el mayor exponente de la teoría constitucional del bien jurídico. La Constitución italiana coloca la libertad personal en una situación se superioridad. Su privación solo puede producirse cuando se trata de atentados a bienes equiparables a la misma o, por lo menos, dotados de relieve constitucional. Estima que "la máxima restricción de la libertad personal, como es la que se efectúa de modo efectivo o potencial a través de la sanción penal, puede adoptarse solamente

---

59 Para un estudio detallado de la doctrina italiana en esta materia, véase GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría), op .cit*.

60 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método, Op. cit.*, p. 118.

61 GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría), op .cit*., pp. 26 y ss.

62 A juicio de GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría), Op. cit.*, p. 26., PULITANO se limita a establecer un criterio de no incompatibilidad con la Constitución, según el cual puede acogerse cualquier bien jurídico siempre y cuando no exista un "abierto enfrentamiento" con la Constitución, construcción que, a su juicio, es insuficiente.

como extrema ratio. Para precisar tal concepto. puede afirmarse hoy…, que la sanción penal puede adoptase solamente en presencia de la violación de un bien, el cual, si no de igual grado respecto al valor (libertad personal} sacrificado, esté al menos dotado de relieve constitucional. Es decir: el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante"[63].

El bien que sufre el ataque se tiene que encontrar expresa o implícitamente contemplado en la propia Constitución (es necesario que este haya "cristalizado", no basta con que se trate de una necesidad emergente[64]).

Corresponde al legislador penal perfilar y complementar los valores plasmados en la Constitución.

En nuestro país hay quién se ha limitado, como ha hecho ÁLVAREZ GARCÍA[65], a adaptar las ideas de BRICOLA a nuestro texto constitucional[66], pero ha sido GONZÁLEZ RUS[67] quien, dentro de nuestras fronteras, con mayor precisión y detalle ha construido una teoría constitucional del bien jurídico[68]. Posicionándose a

---

63 BRICOLA citado por ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. "Bien jurídico y Constitución", *Op. cit.*, p. 21.

64 ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. "Bien jurídico y Constitución," *Op. cit.*, p. 39.

65 ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. "Bien jurídico y Constitución", *Op. cit.*

66 Los problemas que trae la adopción de la posición del profesor de Bolonia a nuestro ordenamiento son, a juicio de este autor:

1. La posibilidad de establecer una jerarquía entre las distintas normas constitucionales.La libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político conforman los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, hallándose en una situación de superioridad, lo que no es obstáculo para que en determinadas situaciones puedan ser suspendidos.
2. El establecimiento de obligaciones constitucionales de penalización. El poder legislativo debe tutelar aquellos bienes que tienen reconocimiento y significatividad constitucional, para lo que en determinadas ocasiones ha de adoptar medidas represivas, pudiendo optar, según considere más adecuado, tanto por la sanción administrativa como por la penal.
3. El significado de la expresión "valor constitucionalmente relevante". Solo cuando nos encontramos ante la lesión de un bien que tenga igual o semejante relevancia en el ámbito normativo resulta lícita la privación de libertad. La Constitución agota los intereses susceptibles de tutela penal, ir más allá sería inconstitucional.
4. Los bienes constitucionalmente implícitos y la posible y desmesurada ampliación de los bienes susceptibles de tutela penal. Entiende por "bienes constitucionalmente implícitos" aquellos que no se hallan expresamente recogidos en nuestra Norma Fundamental pero que tienen cabida dentro de los valores que esta fórmula. El riesgo de esta clase de bienes es "estirar" tanto la Constitución que ésta acabe perdiendo su eficacia como límite del ius puniendi, lo que ha de prevenirse realizando una correcta interpretación de la norma.
5. El carácter meramente sancionador del Derecho Penal.

Concluye que la Constitución es la base coherente y relacionada de objetos a proteger por el Derecho Penal, proporcionando criterios para saber cuándo la tutela penal es improcedente

67 *Vid*. GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría), Op. cit.*

68 PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *Op. cit.*, pp. 727 y ss., muestra su oposición a las elaboraciones constitucionalistas del bien jurídico por entender que la Constitución no aporta las garantías de seguridad jurídica mínimas necesarias como para elevarse en el instrumento exclusivo para la jerarquización de los valores a proteger, debido a:

1. Una doble valoración del bien jurídico; los que favorecen el desarrollo individual y los que posibilitan el bienestar social, dando un valor condicionante a la individualidad.

favor de la tesis de BRICOLA, sostiene que las distintas críticas que se le han formulado carecen de suficiente entidad.

Los principales puntos de la teoría del bien jurídico de GONZÁLEZ RUS son:

- El propósito de integrar un concepto general del bien jurídico en la Constitución. El aspecto sustancial del bien jurídico sirve a las funciones dogmática y crítica; el aspecto constitucional es el límite al legislador ordinario. Se trata de realidades autónomas, imperfectas aisladamente, que hay que complementar.
- La Constitución es la referencia obligada tanto desde un punto político como jurídico.
- El legislador sólo puede limitar la libertad personal cuando, además de ser absolutamente indispensable (ultima ratio), se haga para la protección de un bien constitucionalmente relevante.

Alcanza dos conclusiones:

- El imperativo que el ilícito quede reducido a los márgenes de la "estricta necesidad".
- Necesaria adecuación entre el bien penalmente tutelado y los valores constitucionales.

El vínculo con la Constitución es, a día de hoy, el mínimo imprescindible del que ningún bien jurídico puede prescindir para no desvirtuarse ni a sí mismo ni al sistema del Derecho Penal. En este sentido, RÍOS CORBACHO, considera la Constitución como base la fijación de cualquier bien jurídico, de modo que éstos sirvan como límite y garantía de los fines del Estado dentro de la merma a la libertad de los ciudadanos implica la intervención del Derecho Penal[69].

Cómo defensora del neoconstitucionalismo, ALONSO ÁLAMO defiende que la Constitución ya contempla los bienes jurídicos que pueden ser protegidos por el Derecho Penal y cuáles están proscritos o no contemplados en ella. Dentro de esta preexistencia y ámbito de actuación, puede el legislador seleccionar a qué bienes jurídicos concede este nivel de protección[70]. Por su parte GARCÍA ARROYO sostiene que la Constitución es el mínimo imprescindible que el Derecho Penal tiene que tomar de referencia para seleccionar los bienes

2. Con los conceptos constitucionales no se llega a una estricta separación entre Derecho Penal y Moral.
3. Por último, resaltar que asiduamente se produce una confusión entre derechos fundamentales y bienes jurídicos.

69 LASCURAIN SANCHEZ, J. A. "Bien jurídico y objeto protegible." *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 60 (2007): 119-163.

70 ALONSO ALAMO, M. "Bien jurídico penal, más allá del constitucionalismo de los derechos." *Estudios penales y criminológicos,* 29 (2009), p. 103: "el neoconstitucionalismo, en tanto que ideología de los derechos fundamentales, establece su marco referencial que se proyecta en la determinación del bien jurídico protegible penalmente y que el legislador no puede sobrepasar".

jurídicos a los que concederle protección, si bien este criterio ha de combinarse con otros[71].

3. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL BIEN JURÍDICO-PENAL

Ante la dificultad de concreción del bien jurídico mediante una definición de éste, COBO DEL ROSAL/VIVES-ANTÓN[72] atienden a su función procedimental para delimitarlo, mientras que Portilla Contreras establece un "método progresivo de minimización"[73]que determine que bienes merecen la defensa del Derecho Penal. Con el fin de establecer un Derecho Penal mínimo debe tenerse en cuenta la valoración social del interés protegido, tomando como punto de partida la Constitución, y amparar aquellos bienes cuya puesta en peligro o lesión pueda entenderse como un ataque a un interés de la persona.

HEFENDELH, para establecer un concepto positivo de bien jurídico[74] atiende a dos criterios: en primer lugar, ha de tratarse de un objeto del mundo real, sometido a leyes físicas; en segundo lugar, debe erigirse como una posibilidad de participación de los individuos en el sistema social.

Estos criterios no pueden sostenerse porque supondrían, debido a la exigencia de tangibilidad del bien, dejar fuera de la tutela penal bienes como, por ejemplo, el honor o la intimidad, además de no poseer vinculación alguna con la Constitución, norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

Más precisas son las consideraciones de RUDOLPHI[75] para quién los criterios de delimitación del bien jurídico son: a) vinculación del legislador a los fines que para el ordenamiento penal se extraen de la Constitución; b) la sociedad, dentro del ámbito constitucional, ha desarrollado determinadas condiciones y funciones que hay que tener en cuenta; c) la definición así lograda no servirá de nada si la protección que se conceda al bien no es suficiente. Los principios que deben regir dicha protección deben ser: 1. Adecuación de los medios, que prevengan lesiones futuras; 2. Medio relativamente más suave para facilitar esa tutela; 3. Subsidiariedad del Derecho Penal, funcionamiento que cuando únicamente las demás entrará ramas

71 GARCIA ARROYO, C. "Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración a los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales." *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* 24 (2022), p. 30.

72 COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES- ANTÓN, T. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch, 1996, p. 318.

73 PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *Op. cit.*, p. 375.

74 HEFENDELH, R. "¿Debe ocuparse el derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", *Op. cit.*, p. 8.

75 Recogidas por CUELLO CONTRERAS, J. "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal." *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1981), p. 463.

en del ordenamiento se revelen inservibles para tal fin; 4. Interés preponderante, en el supuesto que entre en colisión con otros intereses habrá que valorar cuál de ellos ha de ser amparado.

CUELLO CONTRERAS[76] ve fácilmente eludibles los dos últimos criterios establecidos por RUDOLPHI, exponiendo los principios que, a su juicio, deben regir la creación de bienes jurídicos:

- Para evitar la pérdida de eficacia frente a las conductas más genuinas del Derecho Penal no es recomendable extender demasiado este sector del ordenamiento. ·
- Principio *in dubio pro libertate*, o lo que es lo mismo, si se plantea la duda sobre la eficacia de la protección penal de un bien jurídico, hay que decantarse por no concederla. La salvaguarda penal de un bien debe basarse en el mayor consenso social posible, así como en una valoración de las necesidades e inconvenientes de la misma si queremos conseguir una verdadera eficacia.
- Replanteamiento del sistema de sanciones penales. Para muchos supuestos la imposición de medidas con un mayor carácter resocializador sería más idóneo

4. NECESIDAD DE DEFINIR UN BIEN JURÍDICO-PENAL

Actualmente no se trata tanto de elaborar una teoría del bien jurídico sino de una teoría del bien jurídico-penal[77].

La inquietud por la elaboración de una teoría del bien jurídico de carácter penal surge en los años setenta y sigue vigente en nuestros días[78].

Las mayores dudas[79] que esta posición plantea consisten en determinar: a) los bienes jurídico-penales de nueva creación; b) que bienes jurídicos deben perder su

76 CUELLO CONTRERAS, J "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal", *Op. cit.*, p. 464.

77 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 275, "la tarea del momento presente es precisamente determinar cuáles son los rasgos específicos del objeto de protección penal en relación con los objetos de protección de los demás sectores del ordenamiento jurídico". Más adelante (p. 277) insiste sobre la misma idea al afirmar que "el tema de nuestro tiempo no es, como ya se acaba de subrayar, la construcción de una teoría del bien jurídico, sino, más bien, de una teoría del bien jurídico penalmente protegido".

78 Iniciaron este movimiento autores cómo CUELLO CONTRERAS, J "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal", *Op. cit.*; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)", *Op. cit.*, pp. 85 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit*. Posteriormente han seguido con este pensamiento FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M. D. "Los límites al ius puniendi.".*Op. cit.*; MIR PUIG, S. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi," *Op. cit.*

79 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, *Op. cit.*

condición penal; c) cuales merecen una total protección penal y, d) donde debe operar una transformación dentro de bienes jurídico-penales ya existentes.

Para poder solucionar satisfactoriamente estas cuestiones resulta indispensable determinar cuáles han de ser los requisitos que un objeto de protección debe poseer para ser merecedor de tutela penal.

Las teorías del bien jurídico-penal más importantes de las elaboradas en nuestro país son las creadas por MIR PUIG[80] y SILVA SÁNCHEZ[81].

El primero de ellos estima que la protección del Derecho Penal debe aplicarse a aquellos bienes que posean dos condiciones fundamentales: importancia social y necesidad de protección penal.

La importancia social viene determinada por la gravedad de las sanciones que prevé el ordenamiento penal. Es decir, el Derecho penal se caracteriza por la gravedad de las sanciones que está autorizado a imponer (las más duras de todo el sistema legal), por tanto, si un hecho puede ser merecedor de las mismas por constituir un ataque o puesta en peligro de un bien, la trascendencia social de este bien debe ser equiparable a la magnitud de la consecuencia penal.

¿Pero cómo puede fijarse esta importancia social? A tal fin se establecen tres puntos que han concurrir para que esta pueda estimarse:

- Reconocimiento constitucional. La norma fundamental ampara una serie de valores que nuestro ordenamiento está obligado a respetar y proteger y que supone un límite a la actuación de los poderes públicos.
- El individuo debe ser el centro de gravedad a tener en cuenta en el momento de otorgar protección penal. Aunque la tutela recaiga sobre intereses colectivos las personas individualmente consideradas deben ser el eje sobre el que se mueva el amparo que a estos se les conceda.
- Entidad suficiente de la afectación del bien.No basta con que un bien se vea superficial o lejanamente dañado o puesto en peligro; para que la maquinaria penal entre en juego es necesario que el perjuicio producido posea una determinada envergadura.

Por otro lado, la necesidad de protección penal sale a la luz cuando los demás medios de salvaguarda del Derecho se han estimado claramente insuficientes.

El planteamiento sostenido por SILVA SÁNCHEZ establece como rasgos definitorios del bien jurídico-penal los siguientes:

- Dañosidad social cualificada. El ordenamiento debe responder ante aquellos comportamientos que produzcan un daño social, pero solo cuando éste tenga entidad suficientemente grave obtendrá una réplica penal.

---

80 MIR PUIG, S. *Introducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*, *Op. cit.*

81 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, pp. 272 y ss.

- Referencia personal (individual) del objeto lesionado. Para los supuestos en que esta no exista, serán otros ámbitos del Derecho los que actúen. Reserva, por ejemplo, la protección de los intereses "difusos" al ordenamiento administrativo.
- Requisitos de la idea de proporcionalidad, que, si bien deben imperar a todo el sistema legal, deben ser más exhaustivos en el ordenamiento penal.
- La Constitución debe ser el punto de referencia de concreción de los objetos de protección penal. Ahora bien, este criterio es importante pero insuficiente por sí mismo para determinar el merecimiento de protección penal de un bien. No todas las circunstancias valoradas positivamente por la Constitución requieren protección penal, es necesario, además un merecimiento y una necesidad de pena.

Por este motivo se opone al pensamiento de BRICOLA[82] "cuando sostiene que el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante", pues la utilización única de este criterio no basta para dotar de tutela penal a un bien.

5. FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO PENAL

El bien jurídico penal debe desempeñar las siguientes funciones:

- Función interpretativa: debe otorgar una interpretación adecuada de los tipos penales. COBO DEL ROSAL/VIVES-ANTÓN[83] consideran que para cumplir esta misión el bien jurídico no basta, también hay que atender a otros criterios como puede ser la *ratio* legis de la norma. Según MIR PUIG[84], teniendo claro cuál es el bien jurídico penal que ampara una norma, sabremos exactamente Si un comportamiento presuntamente delictivo es atentatorio o no del mismo. Es útil, por tanto, para excluir ataques o puestas en peligro "aparentes" del bien jurídico penal. Pero hay incluso quién va más allá manteniendo ser criterio de interpretación es su única misión, ideado con la sola finalidad de comunicar cual es el objeto de protección de la norma penal[85].
- Función crítica: para un sector de la doctrina[86] esta tarea es concebida únicamente como una garantía de los ciudadanos frente al legislador, que solamente podrá castigar aquellas conductas que pongan en peligro o lesionen algún bien

82 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*, p. 273, n.p. 394.

83 COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES-ANTÓN, T. *Derecho Penal. Parte General*, *Op. cit.*, p. 320.

84 MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Retteron, 2001, p. 137.

85 LASCURAIN SANCHEZ, J. A. "Bien jurídico y objeto protegible", *Op. cit.*

86 COBO DEL ROSAL, M., Y VIVES, ANTÓN, T. *Derecho Penal. Parte General*, *Op. cit.*; OCTAVIO DE TOLEDO, E. *Sobre el concepto de derecho penal*, *Op. cit.*, RUDOLPHI, H. J."Los diferentes aspectos del concepto bien jurídico", *Op. cit.*; TERRADILLOS BASOCO, J. M. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de la tutela jurídico-penal", *Op. cit.*

jurídico penal, como garantía al ser humano frente a hipotéticas lesiones de bienes jurídicos[87]. Pero esta concepción es incompleta, además debe revelar al legislador que actividades atentan o ponen en peligro bienes jurídico-penales sin ser sancionadas por el ordenamiento. Necesariamente implica revisar periódicamente el ordenamiento vigente utilizando como criterio un concepto material de bien jurídico. Para GARCÍA ARROYO[88] esta misión de crítica y límite al *ius puniendi* sólo puede ejercerse desde un auténtico concepto material del bien jurídico.

- Función de medición de la pena: una vez se haya producido un ataque o puesta en peligro del bien jurídico, la gravedad o intensidad del mismo serán factores a tener en cuenta, desde la perspectiva de la antijuricidad material, para precisar la pena.

Estas son las principales funciones[89]del bien jurídico penal. De menor importancia o, si se quiere, con carácter secundario, el bien jurídico penal tiene encomendada una misión sistemática, tratándose de un medio para clasificar los distintos tipos penales recogidos en la parte especial del Código Penal. COBO DEL ROSAL/ VIVES-ANTÓN ven esta función desde una doble perspectiva, la que acabamos de ver y como fundamento de la infracción.

6. CLASES DE BIENES JURÍDICO-PENALES

ELa titularidad de los bienes jurídico-penales puede recaer en un sujeto o en varios, lo que conlleva que puedan clasificarse en bienes individuales y, en principio, colectivos.

Esta clasificación, que en un primer momento parece sencilla, no sólo no lo es, sino que además conlleva una serie de importantes consecuencias.

6.1. Bienes jurídico-penales individuales

Como su propia denominación indica, son bienes cuya titularidad pertenece a una sola persona. No puede sostenerse, por tanto, la tesis mantenida por HEFENDELH[90]que

87 POLAINO NAVARRETE, M. "Protección de bienes jurídicos y confirmación de vigencia de la norma ¿dos funciones excluyentes?." *Cuadernos de política criminal* (2007), p. 33.

88 GARCÍA ARROYO, C. "Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración a los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales", *Op. cit.*, p. 14.

89 Para SANTANA VEGA, D. M. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dykinson, 2000, p. 42, las funciones del bien jurídico son intrasistemáticas y extrasistemáticas. Las primeras consisten en la interpretación teleológica de los tipos, la ordenación y clasificación de los mismos y la determinación o medición de la pena, mientras que la función extrasistemática consiste en señalar que tipos no protegen bien jurídico penal alguno y en avisar de la necesidad de introducir nuevos tipos.

90 HEFENDELH, R. "¿Debe ocuparse el derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", *Op. cit.*, p. 3.

establece como criterio diferenciador entre bienes individuales y colectivos que pertenezcan o no "a la generalidad", concibiendo los bienes jurídico-penales individuales como aquellos que sirven a los intereses de una persona o un grupo de personas, frente a los colectivos o universales que sirven a los intereses de muchas personas o de la generalidad, fijando un criterio de no distribuitividad como delimitador de cada categoría[91].

La posibilidad que un bien individual pueda pertenecer a un grupo de personas se opone frontalmente al propio concepto de individual.

La vida, la integridad física, la propiedad, etc., son los ejemplos tradicionales de bienes jurídico-penales individuales. Pensando en ellos el Estado liberal creo el sistema penal que ha llegado a nuestros días y que hoy se cuestiona. Los bienes jurídico-penales individuales conforman, por tanto, el llamado "Derecho Penal mínimo" (HASSEMER) o "Derecho Penal clásico" (HERZOG).

SANTANA VEGA[92] divide los bienes jurídico penales individuales en dos categorías. Los primeros, denominados personalísimos, son la vida, la integridad física, la libertad de movimiento, la libertad sexual y el honor. Los segundos, llamados personales, estarían conformados únicamente por el patrimonio.

6.2. Bienes jurídico-penales supraindividuales y la idoneidad del Derecho Penal para su tutela

Los términos para referirse a los bienes jurídico penales pertenecientes a más de una persona son muy diversos[93]. Se habla de bienes colectivos, universales, supraindividuales, etc.

La denominación de bienes colectivos es de las más populares. El adjetivo colectivo cumple con la misión de manifestar que un bien jurídico-penal pertenece a varios individuos, pero deviene insuficiente para aquellos intereses que pertenecen a la generalidad. Es decir, parece que al hablar de un bien colectivo nos estamos limitando a bienes pertenecientes, por ejemplo, a un determinado grupo étnico o religioso, pero no a una titularidad a gran escala.

Por otra parte, hay autores (HASSEMER) que se refieren a esta clase de bienes como universales. Para que un bien pudiera considerarse universal tendría que estar reconocido por todos los países, y no sólo esto, igualmente debería estar amparado penalmente en cualquier país, lo que deriva en una inexistencia fáctica de bienes jurídico penales universales.

---

91 Según este autor, un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividirlo en partes y asignar una porción de éste a un individuo.

92 SANTANA VEGA, D. M. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, *Op. cit.*, p. 42.

93 Para un análisis en profundidad de las clasificaciones de estos bienes jurídicos vid. SOTO NAVARRO, S. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos." *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 58 (2005): p.p.887-918; PEREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2019.

BUSTOS RAMÍREZ[94] se muestra contrario a hablar de bienes jurídico-penales supraindividuales porque entiende que no puede existir una categoría de bienes que se encuentre por encima de los individuos o más allá de ellos. Son los bienes supraindividuales los que giran alrededor de todos y cada uno de los miembros de la sociedad y no al revés. Pero BUSTOS RAMÍREZ toma un punto de partida equivocado. Considero que cuando SILVA SÁNCHEZ o CUELLO CONTRERAS hablan de bienes jurídico penales supraindividuales no lo hacen concibiéndolos como una clase de bienes que se hallen en relación de superioridad sobre las personas, sino que aluden simplemente a bienes jurídico-penales pertenecientes a más de una persona, por lo que esta nomenclatura se presenta como la más adecuada.

El gran aumento de bienes supraindividuales que ha tenido lugar en las últimas décadas ha provocado diferentes corrientes a favor y en contra de su posible tutela penal.

La facilidad con la que los bienes supraindividuales pueden ser influenciados políticamente[95], el abuso en la creación de delitos de peligro abstracto para protegerlos penalmente[96], su utilización únicamente con carácter simbólico, dejando al margen el principio de intervención mínima[97] y la pérdida de claridad de la distinción entre ilícitos administrativos y penales[98], han conformado una serie de circunstancias que han provocado una degradación del concepto de bien jurídico[99] y una corriente doctrinal opuesta a que el Derecho Penal ampare bienes de esta categoría.

Pero resulta innegable que en la sociedad actual los bienes supraindividuales constituyen un medio de autorrealización social del individuo[100].

A las críticas sobre la ineficacia del Derecho Penal cuando tutela bienes supraindividuales, PORTILLA CONTRERAS ha resaltado que la eficiencia del sistema penal respecto de los bienes jurídico-penales individuales no se ha demostrado que sea mayor, como tampoco se ha probado la existencia de medios más adecuados para ampararlos.

---

94 BUSTOS RAMÍREZ, J. J. *Control social y sistema penal (Del estado actual de la teoría del injusto)*. Promociones y Publicaciones Universitarias, 1987, p. 196.

95 HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", *Op. cit.*; SANTANA VEGA, D. M. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, *Op. cit.*

96 PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *Op. cit.*

97 PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *Op. cit.*

98 HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", *Op. cit.*

99 Esta idea, mantenida por HASSEMER y MIR PUIG, la recoge PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *Op. cit.*

100 SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, *Op. cit.*

Del mismo modo, la tipificación de esta clase de bienes no pasa necesariamente por la creación de delitos de peligro abstracto[101], aunque haya que admitir que en la mayoría de las ocasiones el legislador se decanta por esta opción.

Por todo cuanto se ha expuesto, estimo que la postura más razonable es la encabezada por HASSEMER[102],que defienden la protección penal de los bienes supraindividuales tomando al individuo como punto de referencia. Los bienes jurídicos supraindividuales, entendidos como intereses al servicio del ser humano y no de las instituciones o del Estado, debe constituir un criterio rector de la política criminal. Según HASSEMER, la función de este concepto de bien jurídico es dar a las discusiones jurídicas determinada línea argumental, como es, en este caso, la concepción personal en la elección de los objetos de protección penal[103].

6.3. Bienes jurídicos intermedios e intereses difusos

La categoría de bienes jurídicos intermedios ha sido acuñada por TIEDEMANN[104], para referirse a aquellos bienes jurídicos supraindividuales lesionados a través de actos atentatorios contra bienes jurídicos individuales, insuficientes aisladamente considerados.

Dentro de nuestro país, este concepto ha sido acogido por ALCÁCER GUIRAO, entendiendo que, junto con los bienes jurídicos institucionales[105] configuran los bienes jurídico-penales colectivos; pero es negada por CUELLO CONTRERAS[106] para

---

101 PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", *Op. cit.*

102 HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", *Op. cit.*

103 En este sentido GARCIA ARROYO, C. "Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración a los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales", *Op. cit.,* considera que *en una época en la que la socialización aumenta, el Derecho penal debe adaptarse a la evolución y el cambio social y favorecer los intereses de la persona frente a los de la Sociedad y el Estado, dado que ésta es la única forma de legitimar la intervención penal por el Estado, desde la perspectiva de una Política criminal clara, controlable y orientada a la persona y por ello, sólo así se podrá evitar que se impongan determinadas decisiones o se aplique el Derecho en un determinado sentido dependiendo de quien tenga el poder en cada momento histórico. Así, la concepción personalista del bien jurídico conlleva una política de Derecho Penal firmemente vinculada a principios constitucionales y que justifica la intervención del Derecho Penal solamente cuando hay intereses humanos dignos de protección.*

104 En España recogen esta idea ÁLCACER GUIRAO, R. "La protección del futuro y los daños cumulativos." *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4 (2004). www.criminet.es, p.8.; CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, *Op. cit.*, p. 81; SANTANA VEGA, D.M. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, *Op. cit.*, p. 90.

105 Define los bienes institucionales como aquellos que comprenden realidades sociales que son verdaderos bienes públicos, instituciones esenciales para el desarrollo social, basadas en la participación de sus integrantes y que, por ello, su lesión tiene carácter autónomo ALCACER GUIRAO, R. "La protección del futuro y los daños cumulativos", *Op. cit.*, p. 8.

106 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, *Op. cit.*, p. 81.

quien TIEDEMANN confunde este tipo de bienes con los daños cumulativos. Un bien jurídico requiere o no tutela penal, pero no puede erigirse como una categoría *puente*, como un anticipo a una lesión de un bien jurídico-penal.

Por su parte, en 1975 SGUBBI creó un término con el que pretendía sustituir la figura de los bienes jurídico-penales[107]: los intereses difusos (*interessi difussi*) que engloban aquellos intereses mayoritarios de nuevo cuño, que ha decantado el desarrollo económico y técnico en los últimos decenios, para cuya tutela se reclama en ocasiones la intervención penal. Se trata de nuevos intereses colectivos, a los que se ha adjetivado como difusos por hallarse difundidos entre amplias capas de la sociedad[108].

Los rasgos definitorios de los intereses difusos son, según MORALES PRATS[109], los siguientes:

Las técnicas de tutela tradicionales se revelan ineficaces cuando se aplican sobre ellos.

Requieren un complejo entramado institucional de organización y control para una adecuada protección penal.

Tratar de eliminar el origen de los intereses difusos resulta inimaginable ya que se encuentra dentro de sectores de actividad socialmente necesaria.

La vulneración de esos intereses es presentada como una disfuncionalidad del sistema, los intereses forman parte del mismo. En ningún caso el sistema penal va a buscar su supresión.

En la discusión sobre si los intereses difusos deben ser o no protegidos por el Derecho Penal, MIR PUIG[110] argumenta que, dentro de un Estado social como es el nuestro, es necesario medir la repercusión que tienen sobre cada individuo. No será suficiente con una afectación muy leve o abstracta de las condiciones de vida de muchos individuos. La lesión o puesta en peligro de estos intereses precisan una importancia determinada y una cierta gravedad.

Uno de los mayores problemas a la hora de fijar la tutela penal de los intereses difusos consiste en encajar acertadamente la protección penal con el resto de disciplinas que regulan una determinada materia.

---

107 BUSTOS RAMÍREZ, J. J. *Control social y sistema penal (Del estado actual de la teoría del injusto), Op. cit.*, recoge esta idea de SGUBBI, para quién los bienes jurídicos eran una sublimación e ideologización burguesa del concepto privatístico de derecho subjetivo. También SANTANA VEGA, D. M. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, *Op. cit.,* p. 40.

108 MIR PUIG, S. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi." *Estudios de Política Criminal,* 14 (1990), p. 201.

109 MORALES PRATS, F. "Técnicas de tutela penal de los intereses difusos." BOIX REIG, J. *Intereses difusos y derecho penal*. Consejo General del Poder Judicial, 1994. 73-92.

110 MIR PUIG, S. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi", *Op. cit.,* pp. 212 y ss.

El Derecho Penal "clásico" no sirve para proteger intereses difusos. Para la tutela penal de los intereses difusos debe lograrse dependencia/ accesoriedad La estabilidad entre la de la regulación penal y extrapenal. La búsqueda de este equilibrio debe materializarse sabiendo que estos intereses se definen por:

Pertenecer a actividades en las cuales el peligro viene por comportamientos producidos repetidamente, en cadena.

Las actividades generadoras de peligro para los intereses difusos provienen del ámbito socialmente necesario a pesar del riego que conllevan.

Como consecuencia de lo anterior, para que el Derecho Penal pueda intervenir en estos campos se requiere que, previamente, se haya constituido un modelo legal de los mismos.

Una buena coordinación de la normativa penal con la del resto de sectores del ordenamiento se erige como pilar básico de una adecuada tutela penal.

Para que la protección penal se realice de forma adecuada, previamente a su establecimiento hay que fijar:

- Los objetos que verdaderamente requieren salvaguarda penal.
- Los orígenes del peligro.
- Las modalidades de ataque con las que el Derecho Penal va a tener que enfrentarse.

Obviamente, la protección penal de los intereses difusos debe estar presidida por los principios de fragmentariedad y ultima ratio. La normativa penal aparecerá como "el cierre del sistema institucional de cada actividad (…) conforme a un modelo institucional programado".

La ofensividad del bien jurídico protegido debe ser el criterio de selección a elegir en el momento de configurar los comportamientos sancionables penalmente.

En la mayoría de los casos se trata de sectores altamente especializados, lo que hace necesaria una adecuada formación de todos los profesionales implicados en la creación y aplicación de las normas.

Todo cuanto acabamos de exponer manifiesta la ineludible, por necesaria, y difícil tarea del legislador de tipificar adecuadamente los comportamientos que pongan en peligro o lesionen intereses difusos.

7. PANORAMA ACTUAL Y RETOS PARA EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

La teoría del bien jurídico tiene frente a sí retos a los que dar respuesta para seguir siendo estimada un instrumento imprescindible del sistema penal.

7.1. Elevada complejidad social

Los conflictos presentes a los que, tanto la teoría del bien jurídico como todo el sistema penal, deben hacer frente y tratar de solucionar vienen marcados por la sociedad contemporánea.

Las circunstancias sociales hoy en día no son las mismas en las que se originó el Derecho Penal, ni los problemas que plantea son de igual índole. Actualmente nos encontramos ante un entorno caracterizado por la complejidad[111] en el que influyen múltiples factores que es necesario enumerar. Podemos hablar del fenómeno de la globalización, de la influencia de los medios de comunicación en los ciudadanos a la hora de crear o resaltar una necesidad (tal vez exagerada o inventada) de tutela penal, de la poderosa influencia de las grandes estructuras económicas, del uso por parte del poder político del ordenamiento penal para fines electorales o para tratar de solucionar conflictos que de otro modo no saben, no pueden o no quieren, etc.

Esta mezcolanza de diversas circunstancias ha dado lugar a la llamada "sociedad de riesgos", en la que los individuos tienen la permanente sensación de inseguridad debido a todos los factores que acabamos de mencionar.

Los riesgos a los que nos enfrentamos hoy día pueden clasificarse[112] como:

- Tradicionales.
- Procedentes de la sociedad industrial.
- Generados por la modernidad.

Merece la pena resaltar que unos no excluyen a los otros, sino que conviven todos juntos.

Consecuencias de esta situación son:

- Los riesgos vienen producidos por los "daños cumulativos", la suma de múltiples acciones individuales que aisladamente no son especialmente dañinas, genera un gran perjuicio social, no solo en el presente, constituye también un "legado" a las generaciones futuras.
- La identificación entre autor y víctima[113]. La misma persona que realiza un comportamiento no especialmente lesivo en sí mismo considerado pero cuya acumulación a gran escala si lo es, pasa a ser la perjudicada por esta suma de acciones. Paradigma de este fenómeno es del Derecho Penal del Medioambiente.

---

111 GONZÁLEZ RUS, J. J. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría), Op. cit.*

112 Siguiendo a Beck, en nuestro país siguen esta clasificación LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos." *Revista del Poder Judicial,* 48 (1997):pp. 292 y ss; PEREZ DEL VALLE, C. "Sociedad de riesgos y reforma penal." *Poder Judicial,* 43-44 (1996), pp. 62-63.

113 Contrario a esta idea, HASSEMER considera que los delitos del Derecho Penal moderno tienen una víctima lejana o carecen de ella (HASSEMER, W. "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", *Op. cit.*, p. 242).

El Derecho Penal actual se caracteriza[114] por una legitimación concedida para la protección de bienes individuales, por una imputación basada en la responsabilidad subjetiva e individual, por dirigir el principio de lesividad hacia un resultado material perfectamente tangible y por servirse de una relación causa-efecto perfectamente contrastable, pero sobre todo por ser ineficaz frente a los problemas que el modelo social actual que, a grandes rasgos, hemos expuesto, comporta y que voy a tratar de analizar a continuación.

7.2. El principio del daño como posible alternativa a la teoría del bien jurídico-penal

Ante las dificultades que en algunos sectores, atraviesa la teoría del bien jurídico penal, la doctrina alemana analiza si el principio del daño o *harm principle* puede ser una alternativa en diversas áreas como la protección de los bienes jurídico- penales, colectivos y la ampliación de tutela penal en campos, como la protección penal del medio ambiente.

Varios autores[115] plantean la incapacidad de la teoría del bien jurídico penal para otorgar respuestas satisfactorias a los retos que se plantean y, para tratar de solventar sus carencias, acuden al principio del daño que utiliza la doctrina anglosajona, analizando si se puede utilizar o podemos apropiarnos de ella para sustituir a la teoría del bien jurídico-penal.

El principio del daño nace de la obra de STUART MILL *On liberty* del año 1859. Su premisa consiste en que todo comportamiento humano debe ser libre hasta tanto o en cuanto no haga daño a otra persona

Este planteamiento posteriormente se ha desarrollado por FEINBERG en su obra *Moral limits of the Criminal Law*. Este trabajo desarrolla el principio del daño y analiza si, con este presupuesto, el Estado está legitimado para criminalizar determinadas conductas. Esta sería la primera fase de este principio.

El principio del daño mantiene que se puede sancionar penalmente un comportamiento siempre y cuando sea lesivo para los demás. Cualquier comportamiento será lícito siempre y cuando no haga daño a nadie, pero en el momento que daña a otros es suficiente para sancionar penalmente. Según este planteamiento este principio no

---

114 ALCACER GUIRAO, R. "La protección del futuro y los daños cumulativos", *Op. cit.*, p.4.

115 Vid. SEHER, G. "La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico." HEFENDEHL, ROLAND, ANDREW V. HIRSCH Y WOLFGANG. L*a Teoría del bien jurídico ¿fundamento*. Marcial Pons, 2016, pp. 65-87; KAHLO, M. "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal." HEFENDEHL, R, ANDREW V. HIRSCH Y WOLFGANG W. *La Teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, 2016, pp. 49-64; HIRSCH, A. "El concepto de bien jurídico y el principio del daño." HEFENDEHL, A V. HIRSCH Y WOLFGANG W. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, 2016, pp. 33-48.

operaría cuando la lesión me la causo a mí mismo. No protege, por así decirlo, frente a lesiones que pueda causarme a mí mismo.

Una de las críticas que se realiza al *harm principle* es la ausencia de graduación para fijar cuando una lesión debe ser sancionada por la Ética, cuando por el Derecho y cuándo, por el Derecho penal. La distinción no está claramente establecida.

La razón la expone FEINBERG, desarrollando el discurso de STUART MILL. Mantiene que por daño entendemos una lesión de intereses, intereses relacionados con el bienestar. Mi bienestar se ve afectado no solamente por comportamientos graves o delictivos, también por acciones contrarias a la Ética o la Moral. Por ejemplo, el adulterio, que ya no está penalizado por el Derecho Penal si lo estaría conforme a este principio del daño porque esa situación puede crear un malestar. Sin embargo, hoy en día, con la separación de la Moral y la Ética del Derecho y más aún, del Derecho penal, no sería viable. En este aspecto el principio del daño flaquea.

Otra carencia del principio del daño es la limitación de su utilidad al Derecho Penal clásico, el Derecho penal de protección de bienes jurídicos individuales, pero qué su argumentación es débil cuando nos vamos a otras instancias más actuales, como la protección de intereses colectivos. Para proteger estos intereses se emplea la técnica de tipificar mediante delitos de peligro abstracto, incluso delitos de mera actividad en lo que el principio del daño afronta bastantes dificultades.

Estos argumentos han llevado a autores como SEHER a mantener que este principio proporciona cierta utilidad como forma de justificar o de argumentar la incriminación de determinadas conductas, pero no nos vale como único criterio de fundamentación, queda limitado a un buen criterio recto[116] .

HIRSCH, en línea con el planteamiento de FEINBERG, amplia y desarrolla el principio del daño de STUART MILL sosteniendo que no solamente hay que sancionar conductas dañosas, sino que se puede utilizar este principio para conductas de riesgo que puedan generar un resultado lesivo. Aparte introduce, una serie de principios según los cuáles para sancionar una conducta, no basta simplemente con que causar daño a otro individuo. Nos encontraríamos con el problema que cualquier cosa que cause daño a otro, aunque sea no tenga relevancia penal, tan sólo un comportamiento ni ético, podría estar amparado por ese principio. FEINBERG lo que sugiere es la necesidad de establecer una serie de *mediating principles* que permiten medir la intensidad de la probabilidad del daño, la relevancia del interés que intenta proteger, el grado de limitación de la libertad personal del autor y el valor social del comportamiento. Establece una distinta una graduación del daño para ver qué comportamientos según este principio, son penalmente sancionables y cuáles no.

Para este autor[117] la noción angloamericana de *harm principle* sirve para extraer

116 SEHER, G. "La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico", *Op. cit.*

117 HIRSCH, Av. "El concepto de bien jurídico y el principio del daño." HEFENDEHL, R.. HIRSCH

algunos conocimientos, instructivos, acerca del fundamento y la estructura del bien jurídico, pero se manifiesta insuficiente.

Tampoco KHALO ve en el *harm principle* una alternativa a la teoría del bien jurídico penal, no es un concepto equivalente o que pueda sustituir al bien jurídico penal[118]. El principio del daño implica solamente una base positiva a este principio, pero que no se puede aquí equiparar a la teoría del bien jurídico.Para que se pudiera dar esa equiparación sería necesario definir de modo más preciso y selectivo el concepto de lesividad social.

Contrario también a abandonar la noción de bien jurídico penal se muestra SEHER para quién la función crítica que tiene el bien jurídico penal, que la convierte en una herramienta muy adecuada. Para este autor, el concepto de bien jurídico no es un instrumento de legitimación de normas[119], sino que es producto de los principios que hemos visto.

7.3. El crecimiento del Derecho Penal

Basta con echar un rápido vistazo a la legislación penal para comprobar que el ordenamiento penal se está ampliando hacia esferas sobre las que tradicionalmente antes no había hecho aparición, bien porque estas realidades, como distingue SILVA SÁNCHEZ[120]:

- Son nuevas, hasta una época reciente no existían. El entorno que nos rodea evoluciona con el tiempo, se transforman su funcionamiento, su estructura, sus valores, etc. Surgen objetos de protección propios de la sociedad de nuestro tiempo.
- Responden a realidades tradicionalmente abundantes, pero hoy escasas. El caso más significativo es el Medio Ambiente, que hasta hace poco tiempo se consideraba un bien ilimitado que no hacía falta proteger pero que en las últimas décadas ha revelado su importancia para el ser humano y la necesidad de su defensa.
- Siempre han estado ahí pero su valor se ha visto incrementado, por ejemplo, el patrimonio histórico.

---

y WOLFGANG, W. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, 2016.p.48.

118 KAHLO, M. "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal", *Op. cit.*, p. 57.

119 SEHER, G. "La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico", *Op. cit.*, p.87.

120 SILVA SÁNCHEZ, J. M.*La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid. Civitas. 1999, p. 25.

Lo que se trata de dilucidar es si la apertura del ordenamiento penal a estas nuevas necesidades de tutela es acertada o no. Como es de esperar ante un problema penal de gran trascendencia como es éste, existen argumentaciones a favor y en contra del mismo.

Quienes se muestran contrarios a esta ampliación del ordenamiento jurídico penal (HASSEMER[121], HERZOG[122] consideran que se produce un sacrificio de los principios que sustentan el Derecho Penal.Los principios de igualdad y solidaridad se olvidan en aras de la prevención, el principio de taxatividad se deja de lado en la búsqueda de una "flexibilización" del ordenamiento penal.Se ablanda el sistema de garantías penales.

Ya no se concibe el Derecho Penal como un instrumento de protección de bienes jurídicos, ahora es un mecanismo utilizado por el poder político para solucionar los grandes conflictos sociales. Buscando la eficacia se producen cambios cuya constitucionalidad es dudosa.

Para estos fines se protegen bienes jurídicos colectivos mediante delitos de peligro abstracto. En realidad, lo que se ampara son las instituciones sociales, formuladas en los tipos penales con vaguedad, sin estar debidamente delimitadas. El comportamiento englobado en los delitos de peligro abstracto no es más que realizar una conducta potencialmente peligrosa, sin exigir que se produzca ninguna lesión. Muchas veces estos instrumentos no son perjudiciales en cuanto tales sino por convertirse en un remedio para dar una presunta protección a supuestos problemáticos[123].

Parece ser que el legislador no se ha dado cuenta que el Derecho Penal no es una varita mágica con la que se puedan solucionar satisfactoriamente las situaciones de peligro debido a que, por los medios que posee, está limitado. La respuesta frente a los riesgos sería mucho más completa y eficaz si se utilizase conjunta y armoniosamente todas las ramas del ordenamiento jurídico y los criterios de actuación en esta materia fueran claros[124].

HASSEMER[125] aboga por una reducción del Derecho Penal a un núcleo mínimo. Este objetivo se logra definiendo los bienes jurídicos colectivos con claridad, creándolos en atención a los bienes jurídicos individuales y desprendiéndose de los nuevos problemas que han surgido recientemente y de los que se ha responsabilizado cuando lo mejor sería que no lo hubiera hecho.

---

121 HASSEMER, W. "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", *Op. cit.*

122 HERZOG, F. "Límites al control penal de los riegos sociales, una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro." *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 46.1 (1993).

123 HEFENDELH, R. "¿Debe ocuparse el derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.".*Op. cit.*p.7. califica el uso de los delitos de peligro abstracto como "aquel cajón de sastre donde guardamos todoslos casos problemáticos".

124 PEREZ DEL VALLE, C. "Sociedad de riesgos y reforma penal.".*Op. cit.*pp. 9 y ss. entiende que el uso de leyes penales en blanco, la superposición de sanciones administrativa y penales, etc., es consecuencia de esta falta de claridad.

125 HASSEMER, W. "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", *Op. cit.*, pp. 248 y ss.

La propuesta de HERZOG[126]pasa por crear bienes jurídicos aprehensibles, por conceder especificidad y estabilidad a las definiciones legales en el ámbito de lo punible, por ceñirse a las actuaciones que realmente tiene encomendadas la justicia penal y por una permanente revisión de la eficacia, la justicia y la proporcionalidad del derecho penal de riesgo.

En el lado opuesto a las ideas que acabamos de exponer LÓPEZ BARJA DE QUIROGA[127] se muestra a favor de un ordenamiento penal que encaje en la "sociedad de riesgos". No hacerlo así supondría quedarse atrás, no ser capaz de asumir las nuevas necesidades penales que son relevantes socialmente. El Derecho Penal ha de estar a la altura de las circunstancias, buscando los medios precisos y adecuados que son, a su juicio:

- Flexibilizar los tipos penales mediante el recurso de las leyes penales en blanco.
- Olvidarse de la técnica legislativa centrada en el resultado.

El "Derecho Penal de dos velocidades" es[128] una teoría intermedia en la dialéctica garantías penales-efectividad del sistema, elaborada por SILVA SÁNCHEZ[129] en la búsqueda de una expansión razonable del Derecho Penal. Es un pensamiento que separa los ilícitos penales en dos bloques:

Los sancionados con penas privativas de libertad, cuya tipificación se basa en el establecimiento de las mayores garantías.

Los vinculados a otro tipo de sanciones de menor gravedad, que conllevarán unos criterios de imputación y un sistema de garantías más flexibles.

Contrario a esta teoría CUELLO CONTRERAS[130] por considerar que la administrativización del Derecho Penal no supone un salto cualitativo hacia abajo en el sentido de perder importancia por abandonar esta rama del ordenamiento, porque la supuesta rebaja de garantías de que habla SILVA SÁNCHEZ, a su juicio no es tal, y porque no sería lógico mantener el salto cualitativo que propone entre unos delitos y otros pensamientos que separa los ilícitos penales en dos bloques:

---

126 HERZOG, F. "Límites al control penal de los riegos sociales, una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro.", *Op. cit.*, p. 323. HASSEMER, W. "Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno", *Op. cit.*

127 LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos.", *op. cit,* p. 291.

128 También se posiciona a favor de "una diferenciación dentro del derecho penal" ESER, A. "Una justicia penal "a la medida del ser humano" en la época de la europeización y la globalización." *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología.* Madrid: UNED, 2001, pp. 25 y ss.

129 SILVA SÁNCHEZ, J. M.L*a expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, *Op. cit.*, pp. 159 y ss.

130 CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, *Op. cit.,* pp. 70 y ss.

- Los sancionados con penas privativas de libertad, cuya tipificación se basa en el establecimiento de las mayores garantías.
- Los vinculados a otro tipo de sanciones de menor gravedad, que conllevarán unos criterios de imputación y un sistema de garantías más flexibles

7.4. La tutela de los intereses de las generaciones futuras y la protección penal de los daños acumulativos

El uso inadecuado de los actuales avances tecnológicos y científicos pueden traer consigo posibles perjuicios para las generaciones presentes y futuras, y el comportamiento contemporáneo de la ciudadanía tendrá repercusiones en las generaciones futuras. Por esta razón la doctrina penal se plantea si debe existir un "Derecho Penal del futuro, es decir, si el Derecho Penal debe proteger intereses de las generaciones venideras".

Reaccionar a priori ante un daño y no posteriormente cuando éste ya se ha cometido y su reparación se convierte en una misión más difícil y menos efectiva, es una finalidad que justifica la tutela de los intereses de las generaciones futuras.Pero más que está idea de prevención, debe primar, según ha resaltado ESER , el fin social del Derecho Penal por el que "no hay que pensar solamente en la protección de nuestros coetáneos y el aseguramiento frente a ellos, sino también en el bienestar de las generaciones futuras: al igual que nosotros nos beneficiamos del rendimiento de nuestros predecesores (…) así, elsancionamientodelesiones jurídicas debe orientarse también a la estabilización de normas de protección a favor de nuestros sucesores".

Por su parte ALCÁCER GUIRAO[131] mantiene que el ordenamiento penal que tenemos hoy en día protege a las generaciones futuras a través de la tutela que otorga al medioambiente, pero que está protección no se presta por los cauces adecuados.

Apela a la idea de solidaridad en base a la cual existe un deber de mantenimiento de las condiciones futuras de la Humanidad. Conforme a la solidaridad existe una exigencia de renuncia de derechos propios a favor de otros individuos.

En conexión con la idea de tutela de los intereses de las generaciones venideras, se plantea si el Derecho Penal es un instrumento idóneo para proteger bienes jurídicos cuya importancia trasciende el presente, siendo el ejemplo más significativo el medio ambiente, a través de la sanción de los daños acumulativos o no.

Por daños acumulativos entendemos acciones individuales que realizadas individual y aisladamente no poseen entidad suficiente para dañar o poner en peligro un bien jurídico, pero que si tendrían esta consecuencia si se efectuasen por un número considerable de ciudadanos[132].

131 ALCACER GUIRAO, R. "La protección del futuro y los daños cumulativos", *Op. cit.*

132 BUSTOS RUBIO, M. "Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto el paradigma de la acumulación en el derecho penal." *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 70 (2017), p. 307,

Es la solidaridad con las generaciones futuras y el fin social del Derecho Penal que he mencionado con anterioridad, el principal argumento para sancionar estos comportamientos.

Existen otros elementos que entran en juego que desaconsejan que los daños acumulativos sean sancionados por el ordenamiento penal, considerando más adecuado el derecho administrativo sancionador. Entre ellos el adelantamiento que supone de las barreras punitivas, la falta de entidad suficiente de estos comportamientos para que se respete el principio de lesividad del Derecho Penal y, especialmente, la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena. Fijar penas en muchos casos privativas de libertad, para actos que por sí mismos, carecen de desvalor suficiente para dañar o poner en peligro el bien jurídico es inadecuado, además de inservible para la prevención general y especial de la pena[133].

Tras un preciso análisis de la figura de los delitos cumulativos elaborada por un sector de la doctrina alemana[134], PÉREZ-SAUQUILLO sostiene que "aquellos delitos cuya conducta típica resulta a todas luces no peligrosa o insignificantemente peligrosa por sí misma para lesionar o pone en peligro al bien jurídico supraindividual protegido vulnerarían los principios de ofensividad, intervención mínima o proporcionalidad; lo mismo sucedería ante aquellos tipos penales más interpretables [...] cuando se admiten cómo típicas conductas carentes por sí mismas de peligrosidad"[135].

7.5. La efectividad del Derecho Penal

Un gran reto del Derecho Penal contemporáneo es ser eficaz. Por eficacia en el Derecho Penal[136] se entiende conductas cuyos beneficios globales (sociales) superen a los costes. El delito es un acto ineficiente que hay que evitar. La base de este pensamiento es que los delincuentes potenciales calculan los costes y beneficios de la comisión de un delito (aunque se reconoce que esto no es así en todos los casos), por tanto, se realiza un cálculo de eficiencia que repercute en la norma incluyendo en ella costes adicionales a la comisión del delitos o beneficios extras a su no comisión.

considera que "la ejecución de uno sólo de estos comportamientos resulta inocua para el bien jurídico supraindividual que pretende tutelarse con la norma, más la repetición a futuro de dichos comportamientos por un conjunto de sujetos si podría poner en peligro dichos intereses".

133 ALCACER GUIRAO, R. "La protección del futuro y los daños cumulativos", *Op. cit.*, p. 171.

134 PEREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, *Op. cit.*

135 PEREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, *op. cit,* p. 275.

136 SILVA SANCHEZ, J. M. "Eficiencia y Derecho Penal." *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 49.1 (1996), p. 96.

Las mayores disfuncionalidades[137] a las que se enfrenta son, primero, que ante un déficit de funcionamiento se aumenta la represión, segundo, los sectores sobre los que recae son cada vez mayores y, además, su actuar en estos campos es meramente simbólico, cuando la experiencia ha demostrado que no son estas las soluciones más apropiadas para resolver los problemas que se plantean al ordenamiento jurídico penal y que, por si fuera poco, ha dado de lado a sus garantías fundamentales.

Para lograr que esto no sea así se requiere un planteamiento de eficiencia que se enfoque a dos momentos fundamentales, antes de la comisión de los delitos, para evitar que se realicen el menor número de infracciones penales posibles y, posteriormente a las mismas, a fin de que en la respuesta que se produzca se empleen los instrumentos jurídico-penales más apropiados.

Pues bien, para prevenir la comisión de delitos se proponen por parte de la doctrina[138] medidas como: 1. El aumento de la vigilancia a los ciudadanos (siendo conscientes que en supuestos de crímenes pasionales y aquellos que no afectan a un objeto visible externamente la utilidad de este control se reduce notablemente), respetando su parcela más íntima y privada en la que el Derecho no puede interferir; 2. Fomentar más la medida de seguridad frente a la pena, adecuándolas una y otra a cada caso concreto; 3. Dentro de unos límites y bajo control estatal, para aquellos comportamientos en los que puede materializarse, incentivar las alternativas a la formal condena judicial; 4. Debido a que penas como, por ejemplo, la de multa, son más efectivas, más humanas y más baratas que la privativa de libertad para la "baja criminalidad", optarpor estas en lugar de la restricciónde la libertad; 5. Consecuentemente con la medida anterior, decantarse por nuevas penas o medidas de seguridad más enfocadas hacia la voluntariedad, como puede ser la reparación del daño o el trabajo en beneficio de la comunidad.

Una vez que el delito se ha cometido reviste gran importancia la decisión judicial que se adopte al respecto[139], que debe ser coherente con el resto del sistema y con el contexto social en que se aplica. La decisión judicial ha de ser la más beneficiosa para los intereses generales, pero sin olvidar que debe ser factible y eficiente. Deben tenerse en cuenta argumentos como la incidencia que estas puedan tener en las negociaciones entre el delincuente y la víctima.

Los obstáculos que nos encontramos son la falta de información sobre las alternativas de actuación disponibles y sus consecuencias, que puede ser suplida con la fijación de un baremo mínimo de conocimientos y capacidades para todo aquel que ocupe una determinada posición en el tráfico jurídico; y la valoración que pueda concederse a estas alternativas.

---

137 HASSEMER, W. "El destino de los derechos de los ciudadanos en un Derecho Penal eficaz." *Estudios penales y criminológicos* ,15 (1990-1991).

138 ROXIN, C. "¿Tiene futuro el Derecho penal?" *Revista del poder judicial,* 49 (1998): 379-392.

139 PAREDES CASTAÑON, J. M. "El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?" *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 49.3 (1996).

Todo lo que hemos visto debe ser debidamente estudiado y, sobre todo, puesto en práctica para lograr la eficacia penal deseada.

8. CONCLUSIONES

El concepto de bien jurídico penal se ha convertido, desde su nacimiento a mediados del siglo XIX en una piedra angular del Derecho Penal.

A lo largo de su evolución ha ido creciendo y enriqueciéndose con elementos que le permiten dar las respuestas y cumplir las funciones que el sistema penal le requiere.

Esta misión puede realizarse a través de la definición no de un bien jurídico sino de un bien jurídico penal, que necesariamente requiere que su lesión o puesta en peligro produzca una dañosidad social cualificada, una referencia personal, que se adecua al principio de proporcionalidad y que pueda encajar dentro del marco jurídico creado por la Constitución

Su carácter constitucional se encuentra vinculado con la conexión de la Norma Suprema con la protección de los derechos fundamentales de la persona.

La teoría del bien jurídico penal permite encontrar que bienes, de diferentes tipos, deben ser objeto de tutela penal, y cuales no, sin que se hallan encontrado alternativas satisfactorias a ella.

9. BIBLIOGRAFÍA

ÁLCACER GUIRAO, Rafael. "La protección del futuro y los daños cumulativos." *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 4 (2004). <www.criminet.es>.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. "Bien jurídico y Constitución." *Cuadernos de Política Criminal* (1991): 5-44.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. "Bien jurídico penal, más allá del constitucionalismo de los derechos." *Estudios penales y criminológicos*, 29 (2009): 61-106.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. *Control social y sistema penal (Del estado actual de la teoría del injusto)*. Promociones y Publicaciones Universitarias, 1987.

– *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*. Ariel, 1983.

BUSTOS RUBIO, Miguel. "Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto el paradigma de la acumulación en el derecho penal." *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 70 (2017): 293-327.

CARRASCO JIMÉNEZ, Edison. "La "teoría material del bien jurídico" del sistema Bustos / Hormazábal." *Estudios penales y criminológicos*, 35 (2015): 239-289.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES- ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch, 1996.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El derecho penal español: Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*. Madrid: Dykinson, 2002.

– "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal." *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1981): 461-484.

ESER, Albin. "Una justicia penal "a la medida del ser humano" en la época de la europeización y la globalización." *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: UNED, 2001. 15-38.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores. "Los límites al ius puniendi." *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 3.47 (1994): 87-114.

GARCÍA ARROYO, Cristina. "Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración a los bienes jurídicos supraindividuales- institucionales." *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 24 (2022).

GÓMEZ BENÍTEZ, Jose Manuel. "Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)." *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 69 (1983): 85-112.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*. Madrid: Fundación Juan March, 1983.

HASSEMER, Winfried. "El destino de los derechos de los ciudadanos en un Derecho Penal eficaz." *Estudios penales y criminológicos*, 15 (1990-1991): 181-198.

– "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico." *Doctrina Penal*, 46 (1989).

– "Rasgos y crisis del Derecho penal moderno." *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 45.1 (1992): 235-250.

HEFENDEHL, Roland, Andrew v. Hirsch y Wolfgang Wohlers. L*a teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, 2016.

HEFENDELH, Roland. "¿Debe ocuparse el derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto." *Revista electronica de ciencia penal y criminología*, 4 (2002).

HERZOG, Félix. "Límites al control penal de los riegos sociales, una perspectiva crítica ante el Derecho penal en peligro." *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 46.1 (1993): 317-318.

HIRSCH, Andrew v. "El concepto de bien jurídico y el principio del daño." HEFENDEHL,. HIRSCH y WOHLERS. *La teoría del bien jurídico ¡Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático*, 1. Marcial Pons, 2016. 33-48.

HIRSCH, Hans Joachim. "Acerca del estado acgtual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico." *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y de la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001. 371-388.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. "Política penal en el Estado democrátio." *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 37.2 (1984): 333-346.

JAKOBS, Günter. Derecho penal. *Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Marcial Pons, 1997.

KAHLO, Michael. "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal." HEFENDEHL,. HIRSCH y WOHLERS. *La Teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons, 2016. 49-64.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "Bien jurídico y objeto protegible." *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 60 (2007): 119-163.

LISTZ, Fran Von. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. 2. Madrid: Hijos de Reus, 1914.

LLORENTE SANCHEZ-ARJONA, Mercedes. "Hacia una justicia penal predictiva." *Cuadernos de política criminal*, 136 (2022): 91-124.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos." *Revista del Poder Judicial*, 48 (1997): 289-322.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia. 3ª ed. 2016.

MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi." *Estudios de Política Criminal*, 14 (1990).

– *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Retteron, 2001.

– I*ntroducción a las bases de Derecho Penal. Concepto y método*. Maestros del Derecho Penal, 2002.

MORALES PRATS, Fermin. "Técnicas de tutela penal de los intereses difusos." Boix Reig, Javier. *Intereses difusos y derecho penal*. Consejo General del Poder Judicial, 1994, 73-92.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. "Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización." *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2 (1983): 61-81.

NEUMANN, Alfred. "Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico alternativas: ninguna." *Cuadernos de política criminal*, 93 (2007): 5-16.

OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio. *Sobre el concepto de derecho pena*. Madrid: Facultad de Derecho, 1981.

PAREDES CASTAÑÓN, Jose Manuel. "El límite entre imprudencia y riesgo

permitido en el Derecho Penal ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?" *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49.3 (1996): 909-942.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. "Sociedad de riesgos y reforma penal." *Poder Judicial,* 43-44 (1996): 61-84.

PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio. "El bien jurídico penal desde una justificación ética." *Revista general de derecho penal*, 31 (2019).

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2019.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. "Protección de bienes jurídicos y confirmación de vigencia de la norma ¿dos funciones excluyent." *Cuadernos de política criminal* (2007): 17-38.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos." *Cuadernos de Política Criminal*, 39 (1989): 723-748.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. 5ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2015.

RÍOS CORBACHO, Jose Manuel. "El objeto juridico de proteccion: Algunas reflexiones sobre el debate contemporaneo." *Cuadernos de política criminal,* 128 (2019): 87-128.

ROXIN, Claus. "¿Tiene futuro el Derecho penal?" *Revista del poder judicial*, 49 (1998): 379-392.

– *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 1997.

– "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen." *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 15 (2013).

RUDOLPHI, Hans-Joachim. "Los diferentes aspectos del concepto bien jurídico." *Nuevo Pensamiento Penal* (1975).

SANTANA VEGA, Dulce Maria. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dykinson, 2000.

SEHER, Gerhard. "La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico." Hefendehl, Roland, Andrew v. Hirsch y Wolfgang Wohlers. *La Teoría del bien jurídico, fundamento*. Marcial Pons, 2016. 65-87.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992.

– "Eficiencia y Derecho Penal." *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49.1 (1996): 93-128.

– *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

SOTO NAVARRO, Susana. "Concreción y lesion de los bienes jurídicos colectivos." *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 58 (2005): 887-918.

TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de la tutela jurídico-penal." *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63 (1981): 123-150.

Críticas de Justicia restaurativa al Derecho Penal: algunas respuestas y posibles límites

Critiques of Restorative Justice to Criminal law: some answers and possible limits

ANTONIO CARDONA BARBER

Profesor Lector de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Barcelona (España)

antonio.cardona@uab.cat

https://orcid.org/0000-0001-5943-1911

Resumen: En este trabajo de investigación se defiende que algunos de los argumentos utilizados para apostar y defender las bondades de las propuestas de justicia restaurativa tienden a criticar al modelo del derecho penal liberal de forma injustificada, o, como mínimo, exagerada. Por ello, el objetivo principal del presente estudio ha sido el de intentar ofrecer contraargumentos a las críticas de justicia restaurativa referidas. Además, en estas páginas el lector encontrará algunos comentarios sobre posibles aspectos de los procedimientos participativos de justicia restaurativa que, en el campo de lo operativo, pueden presentar algunas tensiones prácticas.

Abstract: *This research paper argues that some of the arguments used to support and defend the goodness of restorative justice proposals tend to criticize the liberal criminal law model in an unjustified or, at least, exaggerated way. Therefore, the main objective of the present study has been to try to offer counterarguments to the aforementioned criticisms of restorative justice. In addition, in these pages the reader will find some comments on possible aspects of participatory restorative justice procedures which, in the operational field, may present some practical tensions.*

Recepción: 07/06/2024 Aceptación: 23/10/2024

Cómo citar este trabajo: CARDONA BARBER, Antonio, "Críticas de Justicia restaurativa al Derecho Penal: algunas respuestas y posibles límites", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 55-83, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.03

Palabras clave: justica restaurativa, retribución, prevención, derecho penal, procedimientos restaurativos, delito, víctima.

***Keywords**: restorative justice, retribution, prevention, criminal law, restorative procedures, crime, victim.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DEL EQUIVOCADO BINOMIO "JUSTICIA RESTAURATIVA" CONTRA "JUSTICIA RETRIBUTIVA". 2.1. Cuestión previa. 2.2. De los fines de la pena. 2.3. De los medios, instrumentos y objetivos del Derecho penal liberal. 2.4. Recapitulación del capítulo segundo. 3. DE LA FALSA MARGINACIÓN HISTÓRICA DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO. 3.1. Cuestión previa. 3.2. La víctima en el ordenamiento jurídico penal español. 3.3. Recapitulación del capítulo tercero. 4. EL RIESGO DE LA INDESEABLE "JUSTICA PENAL PRIVADA". 5. EL PELIGRO DE CONFUNDIR EL MEDIO CON EL FIN. 5.1. Cuestión previa. 5.2. Toma de posición. 5.3. Posibles alternativas a los procedimientos participativos. 5.4. Excurso y puntualización. 5.5. Recapitulación del capítulo quinto. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Como primer apunte, y a diferencia de lo que podría inferirse a la luz del título rector elegido para este estudio, quiero dejar claro que mi posición, ante las ideas que proponen las corrientes de justicia restaurativa, no es una posición de frontal oposición, todo lo contrario: entiendo que no podemos desaprovechar las ideas de justicia restaurativa que puedan ayudarnos a mejorar (o complementar) el sistema de justicia penal. Esta afirmación la realizo en la línea de las corrientes que apuestan por un planteamiento *"integrador"* según el cual, las aportaciones de justicia restaurativa no deben concebirse como la elaboración de un nuevo sistema en la resolución de conflictos penales que pueda superar y sustituir el sistema de justicia penal actual, pero, sí que pueden entenderse como ideas que pueden ayudar a mejorar los instrumentos del sistema del derecho penal vigente en la consecución de sus objetivos[1].

En este contexto, y si bien en la actualidad[2] no contamos con una conceptualización

1 En esta línea ver: GARCÍA ARÁN, M., "Instrumentos para la Justicia restaurativa y su aplicación a la delincuencia socioeconómica", en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M., Tirant lo Blanch, 2021, p. 140.

2 En la Directiva 2012/29/UE se estableció la siguiente definición de Justicia restaurativa: "cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial". Ahora bien, tal y como será comentado a lo largo de este estudio, esta definición, centrada únicamente en el "procedimiento participativo", durante los últimos doce años, y no sin cierta oposición, viene siendo discutida para intentar dar cabida, dentro de un nuevo concepto de justicia restaurativa, más amplio y transversal, a otras cuestiones adicionales, como por ejemplo las sanciones reparadoras de enfoque restaurativo. Al respecto puede verse a: NIETO MARTÍN, A., "Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿Cómo configurar un sistema de sanciones para

única de justicia restaurativa[3], y, por ello, puede afirmarse que estas teorías discurren por distintas corrientes con modelos reparadores singulares[4], durante las últimas décadas, en varios países, se han ido planteando una serie de propuestas alternativas a los modelos tradicionales de resolución de conflictos penales.

Así, y de forma muy resumida, podría decirse que las corrientes de justicia restaurativa, esencialmente, cuentan con un doble propósito: favorecer la reparación del daño padecido por las víctimas del delito y, mejorar su protagonismo en el transcurso del proceso penal[5]. A tal fin los sistemas de justicia restaurativa canalizan sus propuestas a través de los conocidos como procesos restaurativos (procesos restaurativos que pueden darse en un amplio catálogo de posibles tipologías[6]), mediante los cuales se facilitan encuentros participativos donde, los protagonistas (normalmente víctima y victimario), con la ayuda de un tercero imparcial, intentan alcanzar algún tipo de acuerdo reparador[7].

---

personas jurídicas pensando en sus víctimas?", en HOYOS SANCHO, M. *La víctima del delito y las últimas reformas penales*, Aranzadi, Navarra, 2017.

3 Entre muchos otros ver TAMARIT SUMALLA, J. M., "La justicia restaurativa: concepto, principios y marco teórico", en Tamarit (Coord.) *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares, 2012; o, también, SHAPLAND, J., "Implications of growth: Challenges for restorative justice", en *International Review of Victimology*, 2014, p. 113. Incluso, al respecto, BRAITHWAITE señaló que la justicia restaurativa se ha venido definiendo en contraposición a lo que presenta alternativa: BRAITHWAITE, J., "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", *Crime and Justice: A Review of Research*, Nº 25, Published by: The University of Chicago Press, 1999, en cuya p. 4 puede leerse que: "Restorative justice is most commonly defined by what it is an alternative to".

4 Así se señala, por ejemplo, en el Manual sobre programas de justicia restaurativa, editado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, donde se apunta que la justicia restaurativa es "un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto": https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf (enlace consultado el 22 de mayo de 2024).
De todos modos, TAMARIT SUMALLA señala los puntos sobre los cuales existe un amplio conceso internacional respecto de un programa que exprese un "espíritu restaurativo" en: TAMARIT SUMALLA J. M., "El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012", en *Ars Iuris Salmanticensis*, Volumen 1, 139-160, 2013, p. 143.

5 En este sentido, por ejemplo, GARCÍA ARÁN señala que: "En la segunda mitad del siglo XX se produjo lo que ha sido denominado movimiento de redescubrimiento de la víctima, genéricamente dedicado a reconocer los derechos de las víctimas de los delitos y, en ocasiones, a otorgarles un mayor protagonismo en el proceso penal": GARCÍA ARÁN, M., "Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica", en *Un Derecho penal comprometido, libro homenaje al Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 449.

6 Por ejemplo, encuentros participativos entre víctimas y victimarios, círculos de participación comunitaria, distintos tipos de conferencias, mediaciones, sesiones dirigidas por una autoridad judicial, etc. En este contexto, y con un amplio estudio comparado sobre la temática de la "justicia negociada", pueden verse a: GADDI, D., "Materiales para una conformidad restaurativa", en GARCÍA ARÁN, M, (dir.) *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, Tirant lo Blanch, 2021.

7 Entre otros muchos otros ver GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007; o, BARONA VILAR., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp.144-149, 2011.

Pues bien, tal y como he apuntado en el primer párrafo de este escrito, en mi caso, considero que algunas de las propuestas de justicia restaurativa, entre otras bondades, pueden "ayudar" a mejorar el tipo de participación que ostentan las víctimas en los procedimientos penales, "ayudar" a mejorar la reparación del daño sufrido por aquéllas e, incluso, "ayudar" a mejorar las expectativas de reinserción del delincuente condenado[8].

Es más, incluso he tenido la suerte de participar en proyectos de investigación realizados en el marco de temáticas de justicia restaurativa, y, también, la oportunidad de publicar algunos estudios en los cuales he apostado por imprimir una nueva mirada de justicia restaurativa a algunos de los instrumentos del derecho penal[9], cuestiones que, del mismo modo que otros autores, considero que podrían ser especialmente útiles a la hora de mejorar la reparación del daño en el campo del derecho penal empresarial.

De hecho, (y si bien, el desarrollo de esta idea merecería un estudio independiente) en el campo del derecho penal de las empresas, soy de la opinión que sería muy conveniente que nos replanteásemos el modelo normativo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas para que éstas, en el caso de ser condenadas, respondieran con medidas de enfoque restaurativo y no con las penas actualmente previstas en el art 33.7 del CP[10], de cuya severa imposición podría incluso resultar el cierre de la empresa y con ello, indeseables daños colaterales sobre las que se convertirían de forma sobrevenida en las nuevas víctimas del conflicto (me refiero sobre todo a los trabajadores y proveedores de la empresa condenada)[11].

Ahora bien, que algunas de las ideas de justicia restaurativa puedan ser oportunas, no justifica que, en su defensa argumentativa, se aproveche para criticar y despreciar sistemáticamente al sistema de la justicia penal liberal (por cierto, mal llamado sistema de justicia penal retributiva[12]), sistema que, obviamente, siempre tendrá

---

8 Quiero señalar que en este párrafo utilizo la palabra "ayudar" tres veces intencionadamente: en mi tesis, las ideas de justicia restaurativa no inventan nuevos objetivos, lo que hacen es ayudar a mejorar los propósitos y fines ya buscados por la justicia penal tradicional.

9 CARDONA BARBER, A.: "Sistema de consecuencias jurídicas reparadoras en la delincuencia socioeconómica", en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir) GARCÍA ARÁN, M., Tirant lo Blanch, 2021.

10 Tal y como se dispone en el art. 33.7 del CP, las penas aplicables a las personas jurídicas son las siguientes (a) Multa por cuotas o proporcional. (b) Disolución de la persona jurídica. (c) Suspensión de sus actividades. (d) Clausura de sus locales y establecimientos. (e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. (f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. (g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario.

11 Sobre este tema, de lectura obligada, ver: NIETO MARTÍN, A.; DE PABLO, A., "Sanciones restaurativas para personas jurídicas", en, *Justicia Restaurativa Empresarial*, Un modelo para armar, NIETO MARTÍN, A.; CALVO SOLER, R. (Coord.), Madrid, Reus Editorial, 2023, pp. 188 y ss.

12 Sobre este tema, de lectura obligada, ver: NIETO MARTÍN, A.; DE PABLO, A., "Sanciones restaurativas para personas jurídicas", en, Justicia Restaurativa Empresarial, Un modelo para armar, NIETO MARTÍN, A.; CALVO SOLER, R. (Coord.), Madrid, Reus Editorial, 2023, pp. 188 y ss.

oportunidades de mejora, pero que ha servido para que durante las últimas décadas se haya ido edificando una sociedad en la que reina una deseable y envidiable paz social.

Lo que quiero decir aquí es que uno puede valorar positivamente algunas de las ideas o técnicas de justicia restaurativa sin la necesidad de atacar y despreciar injustificadamente al sistema de justicia penal con falsas acusaciones de ser un modelo exclusivamente retribucionista, con una mirada solamente hacía el pasado de las cosas, y, despreocupado por las necesidades de las víctimas del delito[13].

Es más, entiendo que algunas de las críticas lanzadas contra el derecho penal liberal (también etiquetable alternativamente como sistema penal clásico o tradicional) por parte de algunas de las posiciones más ortodoxas de justicia restaurativa buscan, en el fondo, conseguir una sustitución o superación (o, como mínimo, una transformación radical) del sistema penal vigente que debe ser contestada. Me refiero, muy especialmente (tal y como desarrollaré en el capítulo cuarto de este estudio) al indeseable escenario de una eventual justica penal de corte privado y, con ello, al abandono (o como mínimo su postergación a un segundo lugar) de la finalidad del derecho penal moderno (a saber: prevención general y prevención especial) por una nueva finalidad: la de la satisfacción de las eventuales expectativas reparadoras de las víctimas del delito.

A mayor abundamiento, opino que en algunas de las propuestas de las corrientes de justicia restaurativa pueden identificarse propuestas o procedimientos que merecen ser discutidos, o, como mínimo, repensados. Me refiero, por ejemplo, a los procedimientos restaurativos en delitos con bienes jurídicos colectivos y/o víctimas difundidas, o, en las posiciones más ortodoxas de justicia restaurativa, el peligro de confundir el medio con el fin, con el riesgo de contaminar el procedimiento judicial penal con posibles intereses espurios de alguno de los actores participantes en el encuentro restaurador, amparándose todo ello en la necesidad de superar una supuesta (y discutible) "instrumentalización" de la víctima del delito.

En definitiva, la contraargumentación de algunas de las críticas lanzadas por parte de algunas posiciones de justicia restaurativa contra el sistema penal liberal, y, la identificación de posibles aspectos de mejora de los sistemas propuestos por parte de las corrientes de justicia restaurativa, son los temas de estudio que intentaré desarrollar en las páginas siguientes.

---

13 De hecho, pocos días antes de empezar a poner por escrito este estudio, tuve la oportunidad de participar como ponente en el Seminario "Impulsemos la justicia restaurativa ambiental en Catalunya: potencialidades y retos", celebrado en el Síndic de Greuges de Catalunya, donde, nuevamente, volví a escuchar algunas de las críticas contra el sistema penal clásico que, entiendo, merecen ser contestadas.

2. DEL EQUIVOCADO BINOMIO "JUSTICIA RESTAURATIVA" CONTRA "JUSTICIA RETRIBUTIVA"

2.1. Cuestión previa

Si uno estudia la literatura científica en el campo de la justicia restaurativa, o, asiste a Congresos celebrados en el marco de esta temática, observará como de forma habitual, para nombrar y anteponer un sistema frente al otro, se viene utilizando los términos "justicia restaurativa" contra "justicia retributiva".

Pues bien, no solamente es esta una dicotomía semántica equivocada, sino que, incluso, a mi juicio, se está instrumentalizando este falso binomio para hacer una trampa: ¿quién va a preferir un sistema exclusivamente retributivo frente a otro restaurativo? Ciertamente la utilización del término "justicia retributiva" nos aboca mentalmente a un sistema antiguo que debería ser superado.

Pero, tal y como intentaré explicar a continuación, este binomio (justicia restaurativa contra justicia retributiva) es un binomio equivocado, en esencia: hace muchos años que la justicia penal liberal se justifica en la prevención del delito y no en la retribución del condenado.

A mayor abundamiento, también quiero aprovechar este apartado para contestar otra afirmación vinculada a este punto, lanzada contra el sistema del derecho penal liberal desde posiciones de justicia restaurativa, que, a mi juicio, es incorrecta. Me refiero a la afirmación según la cual la justicia restaurativa tiene la capacidad de mirar hacia el futuro, a diferencia del derecho penal clásico, que solamente tiene una mirada puesta hacía el pasado. Pues bien, no podemos estar de acuerdo con tal afirmación, no, al menos, si conocemos que el sentido del derecho penal actual es mayoritariamente conforme a los postulados de las teorías relativas (o preventivas) de los fines de la pena

2.2. De los fines de la pena

En este sentido, uno de los cambios jurídico-penales de mayor impacto en el moderno derecho penal ha sido, precisamente, el operado a partir de la nueva teorización de las penas admisibles en el Estado social contemporáneo. En este sentido, gracias a los esfuerzos de los pensadores ilustrados del Siglo XIX, las legislaciones decimonónicas superaron el marco penológico barbárico, característico del *Anciem Régime*, y apostaron por un sistema de Derecho penal ilustrado garantista con los principios de taxatividad, proporcionalidad y humanidad de las penas. En concreto, puede decirse que las ideas de BECCARIA[14] "constituyeron la antesala del derecho penal moderno"[15] y señalaron algunos de los límites que deberían imponerse al poder punitivo Estatal.

14 En especial las plasmadas en su obra "De los delitos y las penas", publicada en el año 1764.

15 BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Prevención y Teoría de la Pena*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1995, p.21.

Es cierto que en la superación del antiguo régimen inicialmente se impusieron las concepciones absolutas retribucionistas, según las cuales, el mal infligido por la pena tenía como sentido la compensación del mal cometido por el delincuente. De este modo, ya fuera en base al imperativo categórico kantiano[16], ya fuera a la luz del sentido de la retribución jurídica hegeliana[17], la pena miraba al pasado, no al futuro: servía para retribuir al autor del delito cometido, siempre de forma proporcional al daño cometido[18].

Pero, después, a través de la finalidad preventiva utilitaria de la misma (en las teorías relativas) se han acogido los sistemas penales cuya finalidad sí que mira hacia el futuro, a través de la prevención del delito (combinado prevención especial y general). Estas teorías preventivas de la pena son en la actualidad absolutamente mayoritarias en la doctrina contemporánea (si bien pudiéndose aceptar el juego de las teorías mixtas, eclécticas o de la unión), según la cual, las penas cuentan con una finalidad utilitaria, de naturaleza preventiva, que justifica su imposición[19].

En definitiva, si el principal objetivo de la justicia participativa es el de mejorar la restauración y/o reparación de las víctimas, el principal objetivo de la justicia penal clásica (o justicia penal liberal) es el de la prevención del delito. En concreto, en el derecho penal contemporáneo, la retribución (esto es, o bien la amenaza de la pena, o bien la efectiva imposición de aquélla) es solamente un instrumento (o medio) para conseguir el principal (que no único) objetivo del sistema penal, a saber: la prevención del delito, ya sea desde la óptica de la prevención general, o, desde la finalidad de la prevención especial.

2.3. De los medios, instrumentos y objetivos del Derecho penal liberal

Pero es que, a mayor abundamiento, el sistema del derecho penal liberal o clásico (insisto, no derecho penal retributivo: no podemos confundir *"uno"* de los medios que tiene el sistema con los fines de aquél) no solamente tiene por objeto la prevención del delito. Entre otras cuestiones, también busca indemnizar y compensar a las

16 I. KANT: *La metafísica de las costumbres (Metaphysik der Sitten)* 1797, en especial pp.167 y ss, donde el filósofo prusiano justifica su moral retribucionista a partir de su clásico ejemplo de la isla.

17 G. W. F. HEGEL: *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*, ed. Edhasa, (1821) 2º edición, 1999, en cuya página 186 se señala que: "el delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho".

18 Con algunas referencias interesantes en DURÁN MIGLIARDI, M., "Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales,* Nº16, 2011.

19 De todos modos, actualmente se ha encontrado una cierta solución de compromiso en las teorías mixtas, las cuales, si bien consideran que la prevención es la principal finalidad de la pena, aceptan cierto grado de sentido retribucioncita como elemento necesario a su justificación. Así ROXIN, C.: "Sentido y límites de la pena estatal" en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976; o, también, ROXIN, C: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 95 a 104.

víctimas, reparar y restaurar parajes lesionados, decomisar bienes confiscables, etc. Y, en cuanto a los medios para llegar a sus objetivos, obviamente no solamente utiliza la retribución, también posibilita tratamientos terapéuticos para los enfermos mentales, favorece la desintoxicación del delincuente toxicómano, busca la educación de los delincuentes juveniles, etc.

Veamos algunos posibles ejemplos de estas cuestiones:

En cuanto a la reparación de las víctimas o perjudicados por el delito, en el Capítulo I del Título V del Libro I del Código penal se articulan las disposiciones relativas a la responsabilidad civil *ex delicto*, apuntándose en el artículo 110 del Código penal que la responsabilidad civil comprenderá la restitución, la reparación del daño y/o la indemnización de los perjuicios, tanto materiales como morales.

Incluso, en el Capítulo de la responsabilidad civil, se ofrece un instrumento que podría tener un mayor peso en el campo de la reparación del daño. En concreto, me refiero al artículo 112 del Código penal, precepto que permite imponer una obligación de dar, de hacer o de no hacer algo, que, atendiendo a las condiciones personales y patrimoniales del condenado y, a la naturaleza del daño cometido, podría decidirse por parte del Juez que debiera ser realizada directamente por aquél, sin que cupiera la ejecución a su costa. Con ello, en el artículo 112 del Código penal se permite, ni más ni menos, la imposición de un determinado comportamiento restaurativo "personalísimo", el cual, no podrá ser delegado ni subcontratado, todo lo contrario: deberá ser realizado personal y directamente por el condenado. Una suerte, en definitiva, de sanción reparatoria penal, cuya principal finalidad es la de obligar a restaurar el daño cometido, directa y personalmente, por parte del condenado.

Pues bien, por ejemplo, en el campo de la delincuencia empresarial, esta herramienta reparadora podría cumplir una función restaurativa muy relevante[20], ya que, para las grandes empresas que compiten en el mercado, el pago de los perjuicios causados más una multa, en ocasiones, puede representarse como de un "un mal menor" en la autorrepresentación del balance de coste y oportunidades y, por ello, perfectamente asumible y poco amenazador. Y, en cambio, se da la paradoja que, para las pequeñas y medianas empresas, una cuantiosa sanción penal puede incluso determinar el cierre de su actividad ("su muerte empresarial") generándose con ello una serie de nuevos perjuicios sobrevenidos para los que se convertirían en las nuevas víctimas del conflicto, esto es, sus trabajadores y sus proveedores[21]. Considerando todo lo anterior, en lugar de una elevada pena de multa (u otras de las consecuencias traumáticas previstas en el artículo 33.7 del CP, como por ejemplo la orden de disolución, o el

20 Al respecto GARCÍA ARÁN señala que "es en el ámbito de la delincuencia económica contra intereses colectivos donde este art. 112 CP introduce una versión de la reparación del daño digna de ser tenida en cuenta": GARCÍA ARÁN, M., "Reparación a la víctima…" Op.cit, p. 474.

21 En este contexto, también señala el problema de la víctima colateral NIETO MARTÍN, al referir que: "este tipo de sanciones comportan graves daños colaterales (…)": NIETO MARTÍN, A., "Empresas, víctimas y sanciones restaurativas…" *Op. cit.* p. 318.

cierre de establecimientos, etc.) el Juez o Tribunal podrían moderar la sanción penal compensándola con la imposición de una reparación personalísima, todo ello a la luz del referido artículo 112 del CP, y así obligar a que una determinada empresa, considerada culpable de un delito, se responsabilizara de una determinada tarea de hacer (i.e: limpiar un monte, recoger y trasladar residuos, recoger basuras, construir o reparar edificios públicos, etc.), poniendo para ello sus instrumentos, instalaciones y mano de obra, parcial y temporalmente, al servicio de la comunidad lesionada por su conducta criminal[22].

Asimismo, con el instrumento del decomiso, previsto en el artículo 127 del CP (y siguientes: del instrumento del decomiso tenemos hasta un total de seis tipologías distintas[23]), se señala que toda pena que se imponga acarreará la pérdida de los efectos que del delito provengan y de los bienes, medios o instrumentos con los cuales se haya preparado o ejecutado el hecho criminal, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Con ello, con el instrumento del decomiso, cuya naturaleza es distinta al de una pena[24], el sistema penal puede tanto neutralizar los instrumentos utilizados para cometer el delito, como desapoderar al delincuente de los beneficios que hubiera obtenido a través de la comisión de aquél, evitándose con ello un indeseable enriquecimiento injusto[25].

---

22 Se dan ejemplos de experiencias de medidas reparadoras similares en: AERTSEN, I., "Restorative justice for victims of corporate violence", en FORTI, G. (Ed.): *Victims and corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Milano, Wolters Kluwer, CEDAM, 2018, p. 252.

23 En este contexto, el instrumento del decomiso, en el actual Código penal español, se articulan las siguientes modalidades: 1. "El decomiso ordinario tradicional o directo", previsto en el artículo 127.1 del CP. 2. "El decomiso en los delitos imprudentes", previsto en el artículo 127.2 del CP. 3. "El decomiso ampliado". 4. "El decomiso sin condena", previsto en el artículo 127 ter del CP. 5. "El decomiso por valor equivalente", previsto en el artículo 127.3 del CP. 6. "El decomiso contra intereses de terceros", previsto en el artículo 127 quater del CP.

24 En España, desde el año 1822, este instrumento penal tenía una naturaleza jurídica de pena accesoria al delito cometido (con la salvedad de la legislación penal de 1928, donde se conceptualizaba como una medida de seguridad). Ahora bien, actualmente, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia, tanto en base a una interpretación literal del Título VI del Libro I del Código Penal, como, a la luz de una interpretación sistemática del artículo 127 CP, conciben al decomiso como una consecuencia accesoria del delito. Piénsese que el decomiso no aparece en el listado de penas previsto en el artículo 33 del CP, ni, tampoco, está previsto en el listado de las medidas de seguridad apuntadas en el artículo 96 CP.

25 Cuestión que también puede tener una especial relevancia en la esfera de la delincuencia económica, sector de la criminalidad donde, en ocasiones, ante las importantes cantidades de dinero que están en juego, el catálogo de penas clásicas (prisión o multa) no siempre consigue una intimidación suficiente. En términos similares, por ejemplo, RODRÍGUEZ PUERTA, autora que señala que: "Si lo que motivo el comportamiento delictivo fue la obtención de una ventaja personal o de un beneficio para su empresa, aparejar al hecho delictivo la perdida de dichas ventajas integra una contra-motivación idónea para esta clase de delincuentes": RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., "Modelos de prevención y sanción de la delincuencia económica. Perspectiva comparada", en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) Valencia, Tirant lo blanch, 2014, p. 386 y 387.

A mayor abundamiento, el instrumento del decomiso también podría ser utilizado con una mirada de justicia restaurativa, esencialmente, destinando los bienes decomisados, directa o indirectamente (con el dinero obtenido una vez ejecutados y subastados), a funciones reparadoras del daño cometido por el condenado, práctica que considero especialmente útil en la mejor reparación del daño cometido en tipos penales con bienes jurídicos colectivos[26].

En cuanto a promover la restauración de espacios naturales lesionados, por ejemplo, en el artículo 340 del Código penal se señala que, si el culpable de un delito ecológico procede, voluntariamente, a reparar el daño causado, se le impondrá la pena rebajada en un grado. Esta atenuante específica puede fomentar comportamientos reparadores *"espontáneos"* que favorezcan la pronta reparación del daño ecológico causado. De todos modos, para la aplicación de esta atenuante no solamente debe exigirse que la conducta restaurativa esté específicamente dirigida a reparar el daño ecológico causado, sino que, además, aquélla sea plenamente idónea para ello. Así, las técnicas de reparación empleadas deben ser potencialmente efectivas, lo que comporta, evidentemente, que las tentativas reparadoras inidóneas o espurias no pueden activar la atenuante prevista en el artículo 340 CP.

Ahora bien, en aquellos escenarios donde el autor del delito no procediese voluntariamente a reparar el daño (escenarios por otro lado recurrentes), los órganos judiciales penales también podrían utilizar el artículo 339 del CP, precepto que señala que los jueces o tribunales ordenarán, a cargo del autor del hecho, las medidas que sean necesarias para restaurar el equilibrio ecológico perturbado. Igualmente, en el delito urbanístico se prevé una disposición de naturaleza similar, cuando en el apartado tercero del artículo 319 CP se apunta que: "En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo

26 De hecho, esta idea, sobre la posibilidad de destinar los bienes decomisados (o su valor económico una vez estos realizados) a funciones de reparación y restauración del interés atacado, no es una idea novedosa, no, al menos, en su estructura. Al contrario, actualmente el sistema jurídico español ya acoge un ejemplo concreto y preciso de esta forma de entender los posibles fines de los bienes decomisados, me refiero a los delitos que favorecen el tráfico de drogas. Así, en España existe el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, regulado en la Ley 17/2003, de 29 de mayo, cuyos fines, a tenor de lo dispuesto en el artículo segundo, son, básicamente: 1. Favorecer programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos; 2. Intensificar y mejorar las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos de tráfico de drogas, especialmente sufragando los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de los delitos y los medios materiales para los órganos competentes en la represión; 3. Financiar, en general, la cooperación internacional en la lucha contra el tráfico de estupefacientes. Pues bien, a mi juicio, esta idea, la de destinar los bienes decomisados a posibles funciones restaurativas, debería extenderse como buena práctica de política criminal a todos los ilícitos penales consumados, sobre todo, en aquellos casos donde se tutele un bien jurídico colectivo que importe a un numeroso (y en ocasiones indeterminado) grupo de personas.

caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar"[27].

Al respecto, en cuanto a su naturaleza, estas medidas no pueden considerarse una pena, ya que: 1) no están incluidas en el listado general de penas previsto en el artículo 33 del Código penal; y, además, 2) a través de una interpretación teleológica puede llegarse a la conclusión que con estas previsiones se busca principalmente la reparación del daño, todo ello en la línea marcada en el artículo 110.2 del Código penal sobre la reparación civil *ex delicto* prevista en la parte general del Código penal[28].

En cuanto a la educación de los delincuentes juveniles, cuando el autor del hecho criminal tenga más de catorce años, pero menos de dieciocho, quedará sometido a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuyo espíritu y fundamento es el de la educación de los delincuentes juveniles, no su punición o retribución[29].

Finalmente, en cuanto a los tratamientos terapéuticos, o los tratamientos de deshabituación, a la luz de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la constitución española[30], como es perfectamente conocido, cuando un sujeto penalmente inimputable realice un hecho típico y antijurídico, la justicia penal tradicional prevé la posibilidad de imponer un internamiento psiquiátrico (cuyo objetivo es su sanación), y, cuando el condenado haya realizado el hecho delictivo a causa de su adicción a las drogas, cabe imponer un internamiento en un centro de deshabituación (en ambos casos

---

27 Como puede observarse, el contenido reparador previsto en los artículos 319 y 339 CP se asemeja a lo dispuesto en el artículo 112 CP (precepto comentado *supra*), pero, con una relevante nota diferencial: la reparación prevista en los artículo 319 y 339 CP tiene un contenido patrimonial intransferible (la reparación del daño debe ser "pagada" por el condenado) pero, no pasa por ser una obligación de hacer "personalísima" (como sí se permite en el artículo 112 CP, con cuyo redactado el juez penal puede imponer obligaciones de hacer, de contenido reparador, que hayan de ser cumplidas directamente por el autor del hecho criminal). De todos modos, en aquellos escenarios donde se consumen ataques contra el medioambiente, la medida prevista en el artículo 339 del Código penal también ayudará a una mejor reparación del daño cometido, propiciando la restauración de los bienes jurídicos medioambientales atacados a costa del patrimonio del condenado. En esta línea, en la Sentencia del Tribunal Supremo 521/2015, de 13 de octubre, se ha señalado que: "Es remedio prioritario la reparación (entendida como restauración o reposición al estado anterior) a costa del infractor. A esa medida se refiere concretamente el artículo 339 CP (tutela reintegradora), acogiendo el más reciente estándar en materia de medio ambiente: *el que contamina, restaura*, que ha desplazado a un segundo plano al clásico *el que contamina paga*".

28 De todos modos, BAUCELLS LLADÓS señala que estos preceptos "contienen, en realidad, sanciones reparadoras dirigidas a beneficiar a la colectividad en situaciones en que es difícil identificar perjudicados individuales: BAUCELLS LLADOS, J., en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (directores) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I.*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1475.

29 Al respecto, ver: PERIAGO MORANT, J. J., "La justicia restaurativa en el sistema de justicia juvenil español", en MORENO LARA (dir.), *Aspectos criminológicos para una justicia restaurativa*, Universidad Internacional de Valencia, 2022.

30 Art. 25.2 CE: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. (…)"

ver el artículo 96 del Código penal). Es más, en cuanto al delincuente toxicómano, el legislador favorece esta posibilidad con la previsión de una suspensión de las penas privativas de libertad especial para este tipo de sujetos, apuntándose que el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia a las drogas, siempre que se certifique suficientemente, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión (artículo 80.5 del Código penal).

2.4. Recapitulación del capítulo segundo

En definitiva, tal y como ha sido argumentado en los párrafos anteriores, el sistema del derecho penal liberal no puede ser conocido como sistema de justicia penal retributiva, ya que, ni es ese su objetivo (como ya se ha dicho, el principal objetivo del derecho penal es el de la prevención del delito) ni, tampoco, en la retribución se agotan todos los medios o procedimientos que utiliza el derecho penal para intentar alcanzar sus fines.

Es más, incluso, posiciones doctrinales de reconocido prestigio, desde una visión "multidimensional"[31], vienen proponiendo, desde hace muchos años (a mi juicio, acertadamente), que la reparación sea concebida como uno de los instrumentos penales más que pueden utilizarse (junto al de la retribución, sea con la amenaza, sea con la imposición efectiva de la pena) para alcanzar las legítimas finalidades del Derecho penal.

Así, ROXIN defiende que la reparación del daño derivado del delito cometido por parte del condenado sirve como medio para satisfacer las distintas finalidades del Derecho penal, tanto en cuanto a la prevención especial como en cuanto a la prevención general[32]. En este sentido, por lo que se refiere a la prevención especial, la obligación de reparar el daño cometido, impuesta por el juez penal, favorece a la resocialización del delincuente, ya que, aquél, a través de la obligación de reparación, podrá tomar mejor conciencia del mal cometido sobre la víctima del delito, valorar las legítimas expectativas de aquélla, y, con todo ello, conocer con mayor intensidad el valor y vigencia de la norma penal quebrantada. Y, obviamente, la reparación del daño cometido es, a su vez, demostración del correcto funcionamiento del sistema de justicia penal, demostración que también favorecerá la finalidad preventivo general del Derecho penal (como mínimo en su carácter positivo o integrador).

Por todo ello, considerando que la finalidad del derecho penal vigente no es en ningún caso el de la retribución, si se quiere utilizar un binomio para identificar

31 TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparació a la víctima en el Dret penal. Estudi i crítica de les noves tendències politico-criminals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 1993, p. 105.

32 ROXIN, C., *Strafrecht-Allgemeiner Teil,* I, Munich, 1992, p. 47.

separadamente los dos sistemas, sería más conveniente y recomendable apostar por los de justicia restaurativa frente a justicia penal liberal, o justicia penal preventiva, o, como mínimo, sistema de justicia penal tradicional o clásica.

3. DE LA FALSA MARGINACIÓN HISTÓRICA DE LAS VÍCTIMAS DEL DELITO

3.1. Cuestión previa

Puede observarse que, a nivel internacional, y dentro de las corrientes de justicia restaurativa, se está imponiendo la idea de que debe mejorarse el papel de las víctimas dentro del procedimiento penal[33].

Posiblemente las primeras alegaciones en este sentido, muy críticas con el sistema penal en general y el papel dado a la víctima en particular, se podrían encontrar en las obras de CHRISTIE[34] o de ZEHR[35]. En concreto, en estas líneas de pensamiento no solamente se señala que la doctrina no se ha interesado suficientemente por las víctimas del delito, las cuales, se han visto históricamente marginadas ante las preocupaciones que sí han despertado los victimarios[36] sino que, incluso, se afirma que las necesidades de los perjudicados del delito nunca han sido tenidas en cuenta por parte del legislador, quedando marginadas a cuestiones secundarias dentro del procedimiento penal.

3.2. La víctima en el ordenamiento jurídico penal español

Pues bien, a diferencia de lo referido *supra*, a mi juicio, esta pretendida marginación de la víctima en el proceso penal no se observa actualmente en el sistema español, no, al menos, de forma flagrante.

Para empezar, por ejemplo, podría traerse a colación la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (norma dictada a la luz del Convenio número 116, del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos),

---

33 MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General,* Barcelona, Editorial Reppertor, 2016, p. 49.

34 Por ejemplo: CHRISTIE, N., "Conflicts as Property", en *The British Journal of Criminology,* 1977.

35 Ver, por ejemplo, ZEHR, H., *Changing lenses: a new focus for Crime and Justice*, Scottsdale, PA, Herald Press, 1990; o ZEHR, H., "Retributive Justice, Restorative Justice", en *New Perspectives on Crime and Justice, Occasional paper of the MCC Canada Victim Offenders Ministries Program*, 1985, en cuya página 6 y ss. se señalaba rotundamente que el sistema de justicia criminal no funciona para las víctimas ni se preocupa por sus necesidades.

36 También ver a LEMLEY ELLEN C., "Designing Restorative Justice Policy: An Analytical Perspective", en *Criminal Justice Policy Review, Vol.12, Number 1,* 2001, March, p. 44, donde en concreto se señala que: "Currently, victims and communities play no widespread active role in the justice system".

Ley que regula, por una parte, las ayudas de contenido económico a las víctimas de delitos violentos y, por otra parte, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos[37]. Debe destacarse que lo que permite esta Ley es la dotación de ayudas públicas en favor de las víctimas de los delitos violentos (dolosos) y los delitos contra la libertad sexual[38], ayudas que, en ningún caso, sustituyen las posibles indemnizaciones *ex delicto* que las víctimas tendrían derecho a reclamar a cargo del victimario.

A mayor abundamiento, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, ofrece a las víctimas de un delito un amplio catálogo de derechos, y en cuyo preámbulo, entre otras cuestiones, podemos leer que la finalidad de esta Ley es la de "ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal".

Pero, antes incluso de la promulgación de la referida Ley del 2015, el ordenamiento jurídico penal español ya tenía en consideración las necesidades específicas de las víctimas del delito, tanto materiales como procesales.

Así, por ejemplo, en cuanto a la cuestión procesal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española no solamente permitía (y permite) la libre personación de la víctima como parte activa del proceso, sino que, incluso, le confería la posibilidad de pedir penas e indemnizaciones muy superiores a las eventualmente solicitadas por parte del Ministerio Fiscal, lo cual, evidencia que en España los perjudicados y ofendidos pueden participar activamente y con plena autonomía en el procedimiento penal.

Además, más allá de la norma rituaria, la norma sustantiva penal también contenía (y contiene) varios instrumentos que, de forma razonable, buscan favorecer y facilitar la indemnización de las víctimas, y, por ello, no es cierto que el sistema penal se haya "olvidado" sistemáticamente de las necesidades reparadoras de los ofendidos o perjudicados por el delito[39].

---

37 En este sentido, algunas voces también han planteado que, ante los posibles fracasos de la responsabilidad civil *ex delicto*, podría estudiarse la posibilidad de implementar un sistema subsidiario de reparación "público" (dotado de ayudas públicas) en favor de la víctima, en más delitos de los que actualmente ya cuentan con esta posibilidad (esencialmente los delitos violentos y contra la libertad sexual). Así, por ejemplo, ya en 1993, el profesor TAMARIT SUMALLA exponía algunas de las posibilidades de un sistema de reparación pública a las víctimas de los delitos, presente en algunos países anglosajones, sistema justificado en que el Estado social también podría hacerse responsable de los efectos lesivos de aquellos delitos que no hubiese sabido evitar: TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparació a la víctima…*" *Op. cit.* pp. 24 y ss.

38 En concreto, según se dispone en el artículo 1 de la Ley 35/1995, podrán disfrutar de ayudas públicas las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos, cometidos en España, con el resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental, así como, las víctimas de violencias sexuales en el sentido de la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, incluidas las víctimas de homicidio subsiguiente a un delito contra la libertad sexual.

39 En esta línea, no solamente discutiendo la pretendida mejor atención de la víctima en los sistemas

Por poner algunos ejemplos:

1) Por medio del artículo 21.5 CP[40] se fomenta la reparación del daño causado a la víctima elevándola a la categoría de atenuante de la pena, en la práctica judicial muchas veces considerada como como muy cualificada[41].

2) También se anima al delincuente a indemnizar a las víctimas a través de lo dispuesto en el artículo 80 del CP, precepto que permite suspender las penas inferiores a los dos años de prisión si el delincuente primario se ha responsabilizado de pagar la responsabilidad civil del delito cometido.

3) También debe recordarse que el artículo 126 del Código penal impone una prelación favorable a los perjudicados del delito, en el sentido de que los pagos realizados por el condenado se destinarán, primero de todo, a reparar el daño y pagar las indemnizaciones de las víctimas del delito[42].

4) También, el artículo 127 octies, tercer apartado, dispone que los bienes decomisados deberán utilizarse para indemnizar a las víctimas, y, solamente si no concurren víctimas pendientes de reparación, podrán destinarse a otros fines.

5) Incluso, por medio del artículo 130.5 CP la política criminal ha decidido que, en algunos delitos, el perdón del ofendido excluirá la responsabilidad penal del ofensor, perdón que, normalmente, se conseguirá después de que se hayan visto satisfechas las expectativas económicas de las víctimas.

6) A mayor abundamiento, el artículo 72.5 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciara, señala que *"*la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, 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 (…)*"*.

---

de justicia restaurativa, sino, incluso, tildando de mitos sus principales postulados, ver a KATHLEEN DALY., "Restorative justice, The real story", en *Punishment & Society*, 2002.

40 Art. 21.5 CP: Son circunstancias atenuantes: "La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral".

41 Sobre la atenuante de reparación del daño, en una óptica de justicia restaurativa empresarial, puede verse a: CUENCA GARCÍA, M. J., "La atenuante de reparación en la delincuencia socioeconómica", en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) GARCÍA ARÁN, M., Tirant lo Blanch, 2021.

42 Subsidiariamente, los pagos realizados se imputarán en el orden siguiente: 1. A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa; 2. A las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago; 3. A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados; 4. Al pago de la multa.

3.3. Recapitulación del capítulo tercero

En definitiva, en el sistema penal español la víctima no aparece como un sujeto marginado, instrumentalizado y olvidado. Todo lo contrario, tal y como he listado, el ordenamiento jurídico penal sustantivo piensa recurrentemente en sus necesidades y, además, la ley procesal penal vigente le dota de plenos poderes para que participe en la contienda judicial solicitando la pena e indemnizaciones que estime oportunas.

Ahora bien, que las afirmaciones de justicia restaurativa sobre el presunto olvido, o la marginación histórica de las víctimas en el sistema penal tradicional, sean falsas, o, como mínimo, exageradas, no obsta para que, desde una nueva mirada de justicia restaurativa, no se puedan plantear y discutir posibles mejoras en los sistemas de reparación, como, por ejemplo, intentar revisar algunos de los protocolos de actuación, policiales y jurisdiccionales, para mejorar las experiencias que tienen que vivir las personas que denuncian haber sido víctimas de un delito.

De hecho, seguramente aquél profesional de la práctica penal (en especial estoy pensado en abogados penalistas, jueces, fiscales y demás funcionarios de la administración de justicia) que esté leyendo estas páginas, podrá acordarse de algún momento vivido en su trayectoria profesional donde hubiera sido testigo de un trato institucional hacía el/la denunciante de un delito que se hubiera realizado sin la calidez necesaria, o la delicadeza conveniente. Ciertamente, el mejor acompañamiento de la víctima del delito, en todas las fases del procedimiento, debe ser un objetivo a perseguir.

En suma: considero que el papel que actualmente juegan las víctimas del delito en el sistema del derecho penal tradicional es muy relevante y potente, nada que ver con un papel marginado y olvidado; ahora bien, sí que considero que las experiencias que los denunciantes de un delito tienen que vivir durante el periplo penal, pueden (y deben) ser objeto de mejora.

4. EL RIESGO DE LA INDESEABLE "JUSTICA PENAL PRIVADA"

En este sentido, justificándose en la pretendida marginación de la víctima, por parte de algunas corrientes de justicia restaurativa se han propuesto algunos mecanismos reparadores que deben criticarse.

Me refiero, en concreto, al método que defiende que las víctimas deben disponer plenamente del conflicto para, si lo estiman conveniente, llevar a cabo una negociación libre con el victimario, mediante la cual puedan acordarse todo tipo de pactos indemnizatorios a cambio de posibles exoneraciones penales de obligada aceptación por parte de la autoridad judicial. En esta la línea de pensamiento crítico, iniciada por CHRISTIE, se sostiene, incluso, que el Estado ha *"*robado*"* a las víctimas la

propiedad de su conflicto y se defiende su derecho a reivindicar y solucionar libremente el ataque por ellas sufrido[43].

En este sentido, considero que este tipo de "justicia penal privada" no solamente permitiría que los acusados "comprasen" atenuantes, eximentes, o perdones, sino que, incluso, comportaría una obscena desigualdad de trato judicial, entre los pudientes y los desdichados: solamente aquellos individuos con una capacidad económica suficiente podrán permitirse el lujo de pagar y librarse de la acción penal[44].

Además, estos pactos entre víctimas y victimarios, con capacidad de influencia definitivas sobre la pena, pondrían en serio riesgo la prevención general negativa en aquellos delitos (como los socioeconómicos) donde los autores dispusieran de una capacidad económica suficiente para poder comprarse la libertad. En este contexto, considero que la función intimidatoria de la pena en la delincuencia de cuello blanco no es una función menor, todo lo contrario: la realidad constante de los hechos la revelan como una indudable necesidad social a la cual no podemos renunciar[45].

Es quizá este lugar donde mejor se manifiesta la idea de que los sistemas de justicia restaurativa y justicia penal liberal o tradicional (insisto, mal llamada "justicia retributiva") no son ni sistemas incompatibles ni polos opuestos[46], sino que cada uno de ellos puede tener su espacio y justificación práctica[47].

Entiéndase que, obviamente, no soy contrario a la posibilidad de acordar algún tipo de pacto procesal entre víctimas y agresores durante la fase de investigación o de enjuiciamiento. Ahora bien, cualquiera que haya tenido la oportunidad de ejercer la abogacía penal, y se haya visto en la tesitura de negociar pactos con alguna de las partes, puede ser consciente que los acuerdos privados, cuando la cuestión todavía está *sub iudice*, contaminan inescindiblemente el proceso penal.

Por ello, considero que los pactos de naturaleza económica alcanzados dentro de los procesos restaurativos de encuentros participativos, con capacidad de influencia

---

43 CHRISTIE, N., "Conflicts…" Op. cit, 1977.

44 Por ejemplo, ver SOLETO, H/ GRANÉ A., *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 530, donde se señala que si la reparación que pudiese dar pie a beneficios penológicos únicamente fuera una cuestión económica se "trasladaría un mensaje de impunidad a aquellas clases sociales más pudientes".

45 Sobre estas cuestiones, puede leerse el informe., BAUCELLS LLADÓS, J.; CARDONA BARBER, A.; GUARDIOLA LAGO, M. J.: *La Justicia restaurativa en la prisión: es posible en la delincuencia económica*, Centre de Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 2020.

46 Incluso, ZEHR, uno de los pensadores más críticos con el sistema penal tradicional, revisa sus posiciones iniciales para acabar aceptando que: "The contrasting models that I outlined there retributive justice vs. restorative justice have been widely adopted in the field. Those charts remain a useful analytical or critical tool, but on the philosophic or theoretical level, I no longer see restoration as the polar opposite of retribution".: ZEHR, H/ GOHAR, A., *The little book of Restorative Justice*, Good Books, 2003, p. 11.

47 Entre otros, sobre la compatibilidad de ambos sistemas, ver DANIELS, G., "Restorative justice: Changing the paradigm" en *Probation Journal, The Journal of Community and Criminal Justice*, 2013, p. 311.

sobre la pena, deberían posibilitarse solamente en aquellos delitos considerados de menor gravedad, especialmente útiles en las fases procesales de la posible "conformidad" de aquellos[48]. En todos los otros casos, mientras el procedimiento penal principal siga *sub iudice*, los fines preventivo-generales y especiales del Derecho penal deben hacer postergar a un segundo plano las eventuales satisfacciones económicas de las víctimas.

Por todo lo anterior, soy de la opinión que los encuentros participativos de justicia restaurativa, sean del tipo que sean, en los delitos graves o muy graves, para evitar la contaminación del procedimiento penal en curso (obviamente identificando y separando conceptualmente estos procedimientos participativos de justicia restaurativa de los posibles intentos indemnizatorios cuyo objetivo sea la búsqueda legítima por parte del acusado de la atenuante de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 del CP[49]), idealmente deberían realizarse después de la posible condena[50], es decir, en la fase de ejecución de la pena[51].

5. EL PELIGRO DE CONFUNDIR EL MEDIO CON EL FIN

5.1. Cuestión previa

Si bien las primeras formulaciones de justicia restaurativa nacieron de fuentes anglosajonas, con apoyos técnicos esencialmente criminológicos, y de marcada tendencia utilitarista, actualmente algunas de las nuevas aportaciones técnico-jurídicas están propiciando una suerte de reformulación o, como mínimo, moderación, de algunas de las políticas inicialmente reclamadas[52].

---

48 Al respecto, de CUGAT MAURI podemos leer que: "Está extendida la idea de que los mecanismos de la justica restaurativa tienen como destinatarios naturales o prioritarios los delitos de menor entidad, pues los de mayor gravedad no podrían prescindir de la implacabilidad de la respuesta penal ordinaria sin debilitar la función preventivo que de ella se espera": CUGAT MAURI, M., "La conformidad en los delitos socioeconómicos", en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) GARCÍA ARÁN, M., Tirant lo Blanch, 2021, pp. 315 y 316.

49 Recordemos que para la estimación de la atenuante de la reparación del daño no se precisa de ningún encuentro participativo entre las partes del conflicto, basta con consignar judicialmente, antes de la apertura de la fase del juicio oral, el importe económico de la posible responsabilidad civil "*ex delicto*".

50 También defiende que los encuentros de justicia restaurativa deberían posibilitarse una vez ya acabado el procedimiento penal principal: SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona, Atelier, 2018, pp. 214 y ss.

51 Lo cual, incluso, podría ser tenido en cuenta por parte de las Juntas de tratamiento penitenciario a la hora de llevar a cabo el juicio de valoración sobre las expectativas de reinserción del condenado y/o la estimación de posibles beneficios penitenciarios peticionados por aquél (i.e: permisos de salida). Al respecto puede leerse a: BAUCELLS LLADOS, J., "Posibilidades de la Justicia restaurativa para la delincuencia socioeconómica en la ejecución de la pena", en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) GARCÍA ARÁN, M, Tirant lo Blanch, 2021.

52 Por ejemplo WALGRAVE, L., "Integrating criminal justice and restorative justice", en

En esta discusión, sobre si deben flexibilizarse los principios de la justicia restaurativa, entra de lleno la discusión sobre el objeto o finalidad misma de la justicia restaurativa[53].

Esto es: ¿el objetivo de la justicia restaurativa es generar procedimientos y encuentros participativos, donde las partes en conflicto, conducidas por un mediador o facilitador[54], puedan encontrarse, hablar, discutir, negociar, perdonar, y, en último término, reparar el daño? O, ¿puede entenderse que la finalidad de la justicia restaurativa debe ser el de favorecer la mejor reparación (sea del tipo que sea: material, moral, comunitaria, etc) del daño padecido? La cuestión no es baladí. De apostarse por la segunda opción, se validarían nuevas miradas de justicia restaurativa que permitiesen una mejor reparación del daño sin tener que pasar inescindiblemente por un procedimiento participativo. A mi juicio, esta última es la solución correcta.

Ahora bien, en este tema, WALGRAVE señala que en la actualidad claramente existen dos bandos opuestos sobre la posible conceptualización de la justicia restaurativa, aquellos que anteponen el proceso restaurativo frente a aquellos que priman los resultados restaurativos[55]. Así, este autor asegura que la mayoría de los defensores de la justicia restaurativa se juntan en el primer grupo bajo el enunciado de PAUL McCOLD a saber: *"*The essence of restorative justice is not the end, but the means by which resolution is achieved[56]*"*.

Con ello, según este primer grupo de pensadores, la esencia de la justicia restaurativa sería nada más y nada menos que el proceso restaurativo, a saber: el intento de juntar a víctimas y victimarios para que éstos pudieran desarrollar un encuentro participativo mediante el cual se intentaran alcanzar acuerdos reparadores.

JOHNSTONE, G., VAN NESS, D. N.: *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, 2007; o, SHAPLAND, J., 2014. También desde una visión muy amplia, MAGLIONE, por ejemplo, considera que la justicia restaurativa refiere a "un campo dinámico de ideas, valores y principios producidos por académicos, defensores y profesionales, desde principios de la década de 1980, sobre por qué y cómo tratar los delitos": MAGLIONE, G., "The political rationality of restorative justice" en, *Theoretical Criminology*, 2019, p. 547.

53 Al respecto, ampliamente, GUARDIOLA LAGO, M. J., "Fundamentos de la Justicia Restaurativa en la delincuencia socioeconómica", en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 52 y ss.

54 Sobre el tema de las características de los mediadores o facilitadores puede verse a: GADDI, D, "El papel de la persona encargada de facilitar el proceso restaurativo", en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica,* (dir.) GARCÍA ARÁN, M, Tirant lo Blanch, 2021.

55 WALGRAVE, L., "Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice", en, Washington University Journal of Law & Policy, 2011, p. 95.

56 McCOLD, P., "Paradigm Muddle: The Threat to Restorative Justice Posed by Its Merger whit Community Justice", en, *Contemporary Justice Review*, Vol 7, 2004, p.13; literalmente: "la esencia de la justicia restaurativa no es el fin, sino el medio por el cual se logra la resolución".

5.2. Toma de posición

Ahora bien, como he apuntado más arriba, a mi juicio, ni el procedimiento restaurativo puede ser un fin en sí mismo, ni la justicia restaurativa puede reducirse a una mera cuestión procedimental.

En este contexto, piénsese que ningún procedimiento puede valorarse sin antes conocer sus objetivos: los procedimientos sirven de instrumento a determinados resultados, también en la justicia restaurativa. Lo anterior, evidentemente, no significa que cualquier fin justifique cualquier medio, pero, el valor de la justicia restaurativa no se puede encontrar en qué tipo de procedimiento restaurativo vaya a utilizarse, o qué acuerdos reparadores entre víctimas y victimarios vayan a intentarse. El valor de la justicia restaurativa se encuentra en qué resultados reparadores puedan alcanzarse.

También, desde una mirada "maximalista" de la justicia restaurativa, WALGRAVE defiende que el valor de esta nueva mirada de justicia penal no debe buscarse en el tipo de procedimiento utilizado (tradicionalmente encuentros participativos entre víctimas y victimarios), sino, en los objetivos y resultados reparadores concretamente alcanzados[57].

5.3. Estratificación

Así, en ocasiones, cuando los encuentros participativos no puedan realizarse, ya sea por la falta de voluntad de alguna de las partes, ya sea por la naturaleza compleja de algunos tipos penales con bienes jurídicos colectivos y víctimas difundidas, tema especialmente presente en la mayoría de los delitos socioeconómicos, los fines reparadores de la justicia restaurativa podría buscarse a través del concurso de otros instrumentos restaurativos. De hecho, en este tema, considero que son perfectamente aceptables algunos de los instrumentos sancionadores vigentes si éstos son utilizados con una vocación restaurativa y con fines reparadores.

Por ejemplo, en el campo del *common law*, donde los márgenes dispositivos jurisdiccionales son mucho más generosos que los límites previstos en el sistema del *civil law* (algo que, a mi juicio, no es precisamente una virtud del sistema anglosajón), las experiencias prácticas acumuladas en los últimos años han dado pie a distintas publicaciones que valoran las técnicas restaurativas en casos de delincuencia corporativa con víctimas colectivas. Así, SPALDING, desde una interesante visión de derecho penal internacional, critica que los fondos económicos recibidos por el Estado, tras la condena de una empresa por delitos socioeconómicos transnacionales, no sean destinados a la reparación de los daños soportado por las comunidades

57 WALGRAVE, L., "Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice", en, *Washington University Journal of Law & Policy*, 2011, p. 95.

directamente afectadas por los delitos cometido[58] . O, entre otros, GABBAY, desde una perspectiva de justicia restaurativa, y en el campo de los delitos de cuello blanco, valora la oportunidad de evitar las penas de prisión para favorecer las condenas a trabajos en benéfico de la comunidad[59].

En la misma línea, es nuestro país, NIETO MARTÍN defiende que en el campo del derecho penal societario deben priorizarse aquellos instrumentos sancionadores que cuenten con algún contenido restaurativo o reparador, postergándose aquellos otros que solamente tengan una mirada retributiva. En este sentido, este autor cita algunas experiencias desarrolladas en otros países, en especial los Estados Unidos, como las condenas a empresas a trabajos en beneficio de la comunidad o las posibles penas pecuniarias en beneficio de la comunidad[60].

5.4. Excurso y puntualización

De todos modos, más allá de todo lo anterior, en este lugar, y sobre este tema, me gustaría hacer dos puntualizaciones:

La primera es en forma de excurso terminológico sobre la etiqueta *"*víctimas difundidas*"* (y no *"*víctimas difusas*"*). En este sentido, en la literatura jurídica española, en ocasiones, se encontrará la referencia a las *"*víctimas difusas*"* del delito, en vez de a las *"*víctimas difundidas*"*, no obstante, posiblemente, ello es producto de una discutible traducción del concepto acuñado en la ciencia jurídica italiana, de las *vittime diffuse*, cuya traducción literal sería la de los *"*víctimas difundidas*"*. La diferencia no es meramente formal, así, en lengua española *"*difuso*"* es sinónimo de poco concretado o impreciso; en cambio, *"*difundido*"* equivale a extendido o generalizado.

La segunda puntualización es que también en los tipos penales socioeconómicos con bienes jurídicos colectivos, o, en los delitos que afecten a un extendido número de víctimas difundidas, pueden llevarse a cabo encuentros de justicia restaurativa. Al respecto, por ejemplo, podríamos destacar la publicación del proyecto de investigación *Victims and Corporations, Legal Challenges and Empirical Findings*[61], en cuyo capítulo noveno AERTSEN, con la ayuda de la figura de la *"*víctima sustituta*"* o el *"*representante de la comunidad*"*, apuesta por seguir utilizando el recurso de los encuentros participativos en los delitos corporativos causantes de

58 SPALDING, ANDREW, B., "Restorative Justice for Multinational Corporations", en *Ohio State Law Journal*, 2015, pp. 358 y ss.

59 GABBAY, ZVI. D., "Exploring the Limits of the Restorative Justice Paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime", en *Cardozo School of Law Journal of Conflict Resolution*, 2012, pp. 421 y ss.

60 NIETO MARTÍN, A., "Empresas, víctimas y sanciones restaurativas…" *Op. cit.,* p. 319 y ss.

61 <https://asgp.unicatt.it/asgp-VictimsCorporations_Ebook_2018.pdf>, enlace donde se da cuenta del resultado del proyecto de investigación "Victims and Corporations. Implementation of Directive 2012/29/EU for Victims of Corporate Crimes and Corporate Violence" dirigido por, entre otros, GABRIO FORTI, y finaciado por el programa de la Unión Europea JUST/2014/JACC/AG/VICT/7417 [última consulta 22 de mayo 2024].

daños comunitarios, señalando, específicamente para los delitos ecológicos, que los intervinientes en dichos encuentros deberían ser capaces de superar la visión antropocéntrica del mundo y enfocar el encuentro a la luz de una nueva mirada *"ecocéntrica"* del bien jurídico lesionado[62].

También, al respecto de la víctima sustituta o sobre la intervención del representante de la comunidad, pueden destacarse los trabajos de RODRÍGUEZ PUERTA, autora que defiende la necesidad de seguir apostando por los encuentros participativos de justicia restaurativa, también ante la comisión de tipos penales con bienes jurídicos supraindividuales y víctimas colectivas. Para ello, no obstante, la autora advierte que será necesario redefinir el concepto de daño colectivamente padecido y, después, saber seleccionar correctamente a los individuos que vayan a intervenir en los encuentros participativos en nombre o representación de la comunidad afectada por el delito cometido, cuestión capital para que el acuerdo finalmente alcanzado revista suficiente legitimidad ante el grupo social lesionado[63].

5.5. Recapitulación del capítulo quinto

Como en este estudio no identifico a los procedimientos participativos como el fin mismo de la justicia restaurativa, en aquellos escenarios en donde los encuentros participativos, ante la oposición de unas de las partes del conflicto (la voluntariedad es uno de los principios básicos en los procedimientos restaurativos) no puedan llevarse a cabo, o, por la naturaleza del tipo penal consumado (quizá tutelar de un bien jurídico colectivo cuya titularidad recaería sobre un numeroso grupo de potenciales víctimas difundidas –como por ejemplo ocurriría en el delito ecológico[64]–), sea de muy difícil consecución práctica, o, incluso, cuyo resultado final fuese un acuerdo reparador carente de la suficiente legitimidad (al haber sido tomado por una parte numéricamente insignificante sobre el total de sujetos que conformarían la comunidad lesionada), el espíritu de las ideas de justicia restaurativa podrían seguir buscándose con la ayuda de otros instrumentos penales ya presentes en el ordenamiento jurídico vigente.

Estoy pensando, por ejemplo, en asignar una mejor utilización (reparadora) al dinero de las penas de multa, en fomentar los trabajos en beneficio de la comunidad como consecuencia prioritaria, y, muy especialmente (tal y como ya se ha apuntado *supra*, en el capítulo segundo de este estudio), en conferir una nueva visión restaurativa

62 AERTSEN, I.: "Restorative justice for victims…" Ob.cit, p. 249

63 RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., "El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020; o, también, RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., "Víctimas y daños en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, en particular en la delincuencia económica", en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M, Tirant lo Blanch, 2021.

64 CARDONA BARBER, A., *Justicia restaurativa y técnicas de reparación del daño ecológico en el delito medioambiental*, en Revista Catalana de Dret Ambiental, vol. 11, 2020.

al instituto del decomiso[65] y en explorar mejor las potencialidades reparadoras del artículo 112 del CP[66]. En definitiva, entiendo que, con este tipo de medidas, a través de una nueva mirada de justicia restaurativa, se podría coadyuvar a la mejor reparación posible del bien jurídico atacado, y, con ello, colmar el principal objetivo reparador de la justicia restaurativa, sin tener que forzar inescindiblemente algún tipo de encuentro participativo.

6. CONCLUSIONES

Las corrientes de justicia restaurativa nos ofrecen una serie de técnicas e ideas que pueden servir para mejorar el tipo de participación de las víctimas en los procedimientos de resolución de los conflictos penales, incrementar las posibilidades de mejorar la reparación del daño padecido por aquéllas, e, incluso, mejorar las expectativas de reinserción y resocialización del condenado. De hecho, incluso opino que las técnicas de justicia restaurativa encuentran un espacio muy favorable (siempre desde una visión maximalista que supere la idea del procedimiento participativo como único fin de la justicia restaurativa) en el campo del derecho penal de las personas jurídicas y en las vicisitudes del derecho penal juvenil.

Ahora bien, en la defensa de las bondades de las corrientes de justicia restaurativa se han utilizado, en ocasiones, una serie de argumentos críticos contra el sistema del derecho penal liberal que, a mi juicio, son injustificados, o, cuanto menos, exagerados.

Así, de inicio, el binomio utilizado por las corrientes de justicia restaurativa, de anteponer su modelo con el de la *"justicia retributiva"* debe contestarse: recuérdese, tal y como se ha dicho a lo largo de este estudio, que hace muchos años que el sistema del derecho penal no apuesta por la retribución del delincuente como finalidad de su modelo, sino por la prevención del delito, siendo la retribución (con la amenaza de la pena o la imposición efectiva de la misma) solamente *"uno"* de los medios utilizados para llegar a tal fin.

---

65 Sobre este tema: CARDONA BARBER, A., "Comiso restaurativo", en NIETO MARTÍN, A y CALVO SOLER, R, (coord.) *Justicia restaurativa empresarial, Un modelo para armar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

66 Cuyo literal permite que el juez penal imponga obligaciones personalísimas de reparación del daño cometido, cuestión especialmente relevante, a mi juicio, en el campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sobre la posible función de justicia restaurativa del art. 112 del CP, ver: CARDONA BARBER, A., "Sistema de consecuencias…" Op.cit, pp. 252 y ss, donde, esencialmente se apunta que, considerando muy especialmente que la pena a trabajos en beneficio de la comunidad no está prevista como consecuencia jurídica posible para las personas jurídicas, debería explorarse el alcance del artículo 112 del Código penal para restaurar los daños cometidos en el campo de la delincuencia empresarial, ya que, con este precepto, se podría imponer sobre la empresa condenada obligaciones de hacer reparadoras que no se pudieran "subcontratar", las cuales, además, servirían tanto para satisfacer cuestiones vinculadas con la prevención general (a través de la restauración, cuanto menos simbólica, del bien jurídico lesionado), como con la prevención especial (a través de la concienciación de la condenada, al menos intentada, respecto del daño realmente cometido por aquélla).

Además, la referida etiqueta *"justicia penal retributiva"* esconde una trampa semántica: ¿Qué persona razonable va a preferir un modelo exclusivamente retributivo frente a otro de corte restaurativo? Pues bien, tal y como he intentado explicar en el capítulo primero de este estudio, ni el objetivo del derecho penal es retribuir, ni, tampoco, en la retribución se agotan todos sus medios, a saber, y entre otras: el sistema penal también indemniza a las víctimas, repara el daño, restaura parajes naturales lesionados, decomisa bienes confiscables, piensa en el posible tratamiento de deshabituación de los delincuentes toxicómanos, o en las necesidades específicas de los enfermos mentales autores de hechos delictivos, busca la educación de los delincuentes juveniles, etc. Por todo ello, he defendido que sería más apropiado utilizar el binomio *"justicia restaurativa"* y *"justicia penal liberal"* o *"justica penal clásica"*, descartándose definitivamente la etiqueta de *"justicia penal retributiva"*.

En el mismo punto también se ha discutido la afirmación lanzada por algunas corrientes de justicia restaurativa, como crítica del sistema penal liberal, según la cual, éste solo mira al pasado, a diferencia de la justicia restaurativa, que sí tendría la capacidad de mirar hacia el futuro. Pues bien, esta afirmación, tal y como se ha intentado explicar supra, es falsa. Las corrientes de pensamiento filosófico-jurídico imperantes en la actualidad, sobre los fines de la pena, después de la acertada superación de las teorías absolutas, son las de las escuelas relativas o preventivas (o, como mínimo, las líneas que apuestan por las teorías mixtas o eclécticas de los fines de la pena). Con ello, la función de la pena (y por extensión del Derecho penal) es el de la prevención del delito. Así, sin duda, (y a diferencia de lo afirmado por algunas corrientes de justicia restaurativa) con una mirada puesta al futuro, el derecho penal liberal intenta prevenir la comisión de nuevos delitos, ya sea por parte de algún miembro indeterminado de la comunidad (a través de la prevención general) ya sea focalizándose en un sujeto particular, una vez éste hubiese sido condenado (a través de la prevención especial).

Asimismo, desde algunas posiciones de justicia restaurativa también se ha dicho que uno de sus objetivos pasa por mejorar el papel de la víctima del delito en los procedimientos penales, ya que, históricamente, el derecho penal tradicional se había olvidado de aquélla, interesándose únicamente en las necesidades del victimario. Pues bien, tal y como he explicado en este estudio, esta afirmación, o es falsa, o, como mínimo (al menos en cuanto al sistema del derecho penal español) notablemente exagerada. En este sentido, y tal y como ha sido explicado en el capítulo tercero de este estudio, en el derecho penal español sustantivo pueden encontrarse una pluralidad de preceptos que buscan defender los derechos de las víctimas de los delitos, y, además, en el campo del derecho procesal penal, en nuestro sistema, la víctima (en sentido amplio: ofendido y perjudicado) puede personarse y participar activamente en el procedimiento, incluso solicitando penas y/o indemnizaciones mayores que las peticionadas por el Ministerio público.

Igualmente, he aprovechado estas páginas para señalar los que, a mi juicio, son algunos de los aspectos de los procedimientos participativos que, entiendo, merecen

ser objeto de estudio particular. Por ejemplo, he defendido que los procedimientos participativos no pueden ser entendidos como un fin en sí mismos, sino que deben servir como un medio para llegar a un mejor fin ulterior, a saber: la mejor reparación y restauración posible del daño padecido por las víctimas del delito. Igualmente, he apuntado algunas tensiones (y posibles soluciones) que aparecen cuando estos procedimientos participativos se enfrentan a conflictos penales en delitos protectores de bienes jurídicos colectivos y con víctimas difundidas, apostando, en estos escenarios, por la utilización de algunos de los instrumentos penales clásicos, ahora, pero, esgrimidos a la luz de una nueva mirada de justicia restaurativa.

Finalmente, también he intentado explicar, en el capítulo cuarto de este estudio, porque las bondades de las ideas de justicia restaurativa no pueden justificar, en ningún caso, la posibilidad de llegar a permitir un escenario de justicia penal de corte privado. Un tipo de justicia así no solamente sería desigual y obscena, ya que únicamente beneficiaría a las clases económicamente acomodadas, las cuales podrían "comprarse" la libertad pagando la suma que las víctimas de los delitos estimasen adecuadas y suficientes, sino que, además, vendría a comprometer y poner en riesgo el siempre necesario carácter público de la relación jurídico-penal entre el Estado y el criminal, cuestión que aquí aprovecho para reivindicar como una de las conquistas irrenunciables del sistema jurídico-penal liberal.

En esta línea, y a modo de conclusión, quiero apuntar que las corrientes de justicia restaurativa no pueden pretender conseguir un nuevo sistema de resolución de conflictos "alternativo" que pueda "sustituir" a su elección al sistema del derecho penal vigente. Lo que aportan son nuevas ideas, o nuevas miradas, o nuevos enfoques, esencialmente diseñados para mejorar la participación y reparación de las víctimas del delito. Pero, ante las finalidades constitucionales del Derecho penal liberal, las posiciones más ortodoxas de justicia restaurativa deben ponerse de lado, y dejarles paso.

7. BIBLIOGRAFÍA

AERTSEN, I., "Restorative justice for victims of corporate violence", en FORTI, G. (Ed.): *Victims and corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Milano, Wolters Kluwer, CEDAM, 2018.

BARONA VILAR, G., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

BAUCELLS LLADOS, J., en CÓRDOBA RODA/ GARCÍA ARÁN (directores) *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

BAUCELLS LLADÓS, J.; CARDONA BARBER, A.; GUARDIOLA LAGO, M. J., *La Justicia restaurativa en la prisión: es posible en la delincuencia económica*, Centre de Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 2020.

BAUCELLS LLADOS, J., "Posibilidades de la Justicia restaurativa para la delincuencia socioeconómica en la ejecución de la pena", en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M, Tirant lo Blanch, 2021.

BECCARIA, C., *De los delitos y las penas* (1764), Madrid, Alianza Editorial, 2014.

BRAITHWAITE, J., *Crime, Shame and Reintegration*, New York, Cambridge University Press, 1989.

BRAITHWAITE, J., "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", *Crime and Justice: A Review of Research*, Nº 25, Published by: The University of Chicago Press, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Prevención y Teoría de la Pena*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1995.

CARDONA BARBER, A., Justicia restaurativa y técnicas de reparación del daño ecológico en el delito medioambiental, en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 11, 2020.

CARDONA BARBER, A., "Sistema de consecuencias jurídicas reparadoras en la delincuencia socioeconómica", en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M., Tirant lo Blanch, 2021.

CARDONA BARBER, A., "Comiso restaurativo", en NIETO MARTÍN, A y CALVO SOLER, R, (coord.) *Justicia restaurativa empresarial, Un modelo para armar,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

CHRISTIE, N., "Conflicts as Property", en *The British Journal of Criminology*, 1977.

CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M (directores)., *Comentarios al Código penal, Parte general*, Barcelona, Marcial Pons, 2011.

CUENCA GARCÍA, M.J., "La atenuante de reparación en la delincuencia socioeconómica", en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M, Tirant lo Blanch, 2021.

CUGAT MAURI, M., "La conformidad en los delitos socioeconómicos", en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M, Tirant lo Blanch, 2021.

DANIELS, G., "Restorative justice: Changing the paradigm" en *Probation Journal, The Journal of Community and Criminal Justice*, 2013.

DURÁN MIGLIARDI, M., "Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Nº16 (91-113), 2011.

G. W. F. HEGEL: (1821) *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*, ed. Edhasa, 2º edición 1999.

GABBAY, ZVI. D., *"*Exploring the Limits of the Restorative Justice Paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime*"*, en *Cardozo School of Law Journal of Conflict Resolution*, 2012.

GADDI, D., *"*Materiales para una conformidad restaurativa*"*, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M., Tirant lo Blanch, 2021.

GADDI, D., *"*El papel de la persona encargada de facilitar el proceso restaurativo*"*, en J*usticia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M., Tirant lo Blanch, 2021.

GARCÍA ARÁN, M., *"*Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica*"*, en *Un Derecho penal comprometido, libro homenaje al Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

GARCÍA ARÁN, M., *"*Instrumentos para la Justicia restaurativa y su aplicación a la delincuencia socioeconómica*"*, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M, Tirant lo Blanch, 2021.

GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid, 2007.

GUARDIOLA LAGO, M. J., *"*Fundamentos de la Justicia Restaurativa en la delincuencia socioeconómica*"*, en *Justicia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M, Tirant lo Blanch, 2021.

I. KANT: (1797) *La metafísica de las costumbres* (Título original: Metaphysik der Sitten), Tirant lo Blanch, 2022.

KATHLEEN DALY., *"*Restorative justice, The real story*"*, en *Punishment & Society*,. 2022.

LEMLEY ELLEN, C., *"*Designing Restorative Justice Policy: An Analytical Perspective*"*, en *Criminal Justice Policy Review*, Vol.12, Number 1, March, 2001.

MAGLIONE, G., *"*The political rationality of restorative justice*"* en, *Theoretical Criminology*, 2019.

McCOLD, P., *"*Paradigm Muddle: The Threat to Restorative Justice Posed by Its Merger whit Community Justice*"*, en, *Contemporary Justice Review*, Vol 7, 2004.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Editorial Reppertor, 2016.

NIETO MARTÍN, A., *"*Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿Cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?*"*, en HOYOS SANCHO, M. *La víctima del delito y las últimas reformas penales*, Aranzadi, Navarra, 2017.

NIETO MARTÍN, A.; CALVO SOLER, R. (Coord.)., *Justicia Restaurativa Empresarial, Un modelo para armar*, Madrid, Reus Editorial, 2023.

NIETO MARTÍN, A; DE PABLO, A., "Sanciones restaurativas para personas jurídicas", en, NIETO MARTÍN, A.; CALVO SOLER, R. (Coord.) J*usticia Restaurativa Empresarial, Un modelo para armar*, Madrid, Reus Editorial, 2023.

PERIAGO MORANT, J. J., "La justicia restaurativa en el sistema de justicia juvenil español", en MORENO LARA (dir.), *Aspectos criminológicos para una justicia restaurativa*, Universidad Internacional de Valencia, 2022.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: (2014) "Modelos de prevención y sanción de la delincuencia económica. Perspectiva comparada", en *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) Valencia, Tirant lo Blanch.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., "El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., "Víctimas y daños en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, en particular en la delincuencia económica", en J*usticia restaurativa y delincuencia socioeconómica*, (dir.) García Arán, M., Tirant lo Blanch, 2021.

ROXIN, C., "Sentido y límites de la pena estatal" en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, Ed. Reus, 1976.

ROXIN, C., *Strafrecht-Allgemeiner Teil, I*, Munich, 1992.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Civitas, 2006.

SHAPLAND, J., "Implications of growth: Challenges for restorative justice", en *International Review of Victimology*, 2014.

SOLETO, H, GRANÉ A., *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Madrid, Dykinson, 2019.

SPALDING, ANDREW, B., "Restorative Justice for Multinational Corporations", en *Ohio State Law Journal*, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal.* Barcelona, Atelier, 2018.

TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparació a la víctima en el Dret penal. Estudi i crítica de les noves tendències politico-criminals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, 1993.

TAMARIT SUMALLA, J. M., "La justicia restaurativa: concepto, principios y marco teórico", en Tamarit (Coord.) *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Granada, Comares, 2012.

TAMARIT SUMALLA, J. M., "El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012", en *Ars Iuris Salmanticensis*, Volumen 1, 139-160, 2013.

WALGRAVE, L., "Integrating criminal justice and restorative justice", en JOHNSTONE, G., VAN NESS and VAN NESS, D. (editores): *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, 2007.

WALGRAVE, L., "Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice", en, *Washington University Journal of Law & Policy*, 2011.

ZEHR, H., "Retributive Justice, Restorative Justice", en *New Perspectives on Crime and Justice, Occasional paper of the MCC Canada Victim Offenders Ministries Program*, 1985.

ZEHR, H., *Changing lenses: a new focus for Crime and Justice*, Scottsdale, PA, Herald Press, 1990.

ZEHR, H., GOHAR, A., *The little book of Restorative Justice*, Good Books, 2003.

Fundamentos jurídico-sociales de la seguridad y salud en el trabajo: una perspectiva crítica para la protección integral de la fuerza de trabajo

Legal-social foundations of safety and health at work: a critical perspective for the comprehensive protection of the workforce

LUIS ALBERTO QUINTANA GARCÍA

Magister en Derecho con mención en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

luisalberto.quintana@unmsm.edu.pe

https://orcid.org/0000-0002-2808-6892

Resumen: En el presente artículo se establecen los fundamentos jurídico-sociales de la Seguridad y Salud en el Trabajo desde una perspectiva crítica, para lo cual se desarrollan cuatro capítulos que contienen: i) el análisis sistemático de los riesgos del trabajo en perspectiva pospandémica, las fuentes de surgimiento de los riesgos profesionales y sus manifestaciones, la definición y rol del Derecho de los Riesgos del Trabajo y el objeto de la Seguridad y Salud en el Trabajo; ii) el estudio del componente seguridad en el trabajo, por un lado, y salud en el trabajo, por el otro; iii) la explicación de la función preventiva, protectora, promotora y habilitadora de la Seguridad y Salud en el Trabajo; y iv) el desarrollo de la dimensión de las obligaciones y la responsabilidad patronal. A partir de todo ello, se busca establecer una interpretación del conflicto en la Seguridad y Salud en el Trabajo que permita garantizar y desarrollar una protección integral de la fuerza de trabajo frente a los riesgos profesionales en un contexto de profundos cambios económicos, tecnológicos y sociales.

Recepción: 18/06/2024 Aceptación: 08/10/2024

Cómo citar este trabajo: QUINTANA GARCÍA, Luis Alberto, "Fundamentos jurídico-sociales de la seguridad y salud en el trabajo: una perspectiva crítica para la protección integral de la fuerza de trabajo", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 85-128, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.04

Abstract: *This article establishes the legal-social foundations of Safety and Health at Work from a critical perspective, for which four chapters are developed that contain: i) the systematic analysis of work risks in a post-pandemic perspective, the sources of the emergence of professional risks and their manifestations, the definition and role of Occupational Risk Law and the object of Safety and Health at Work; ii) the study of the safety at work component, on the one hand, and health at work, on the other; iii) the explanation of the preventive, protective, promoting and enabling function of Safety and Health at Work; and iv) the development of the dimension of employer obligations and responsibility. Based on all this, we seek to establish an interpretation of the conflict in Occupational Health and Safety that allows us to guarantee and develop comprehensive protection of the workforce against professional risks in a context of profound economic, technological and social changes.*

Palabras clave: seguridad y salud en el trabajo, derecho de los riesgos del trabajo, riesgos profesionales, responsabilidad patronal, derecho del trabajo.

Keywords*: safety and health at work, Law of occupational risks, professional risks, employer liability, labor law.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. 2.1. Características de los riesgos del trabajo en perspectiva pospandémica. 2.2. Fuentes de surgimiento de los riesgos profesionales. 2.3. Los riesgos del trabajo o profesionales: enfermedades, accidentes y riesgos psicosociales en el trabajo. 2.4. El Derecho de los Riesgos del Trabajo: Definición y rol ante la Seguridad y Salud en el Trabajo. 2.5. Objeto de la seguridad y salud en el trabajo: integridad de la fuerza de trabajo. 3. COMPONENTES DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. 3.1. Diferenciación conceptual preliminar. 3.2. La seguridad en el trabajo. 3.3. La salud en el trabajo. 4. FUNCIONES DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO. 4.1. Función preventiva. 4.1.1. Concepto y dimensión. 4.1.2. Causas y objetivos de su existencia. 4.2. Función de protección. 4.3. Función de promoción. 4.4. Función de habilitación. 5. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR ANTE LA SEGURIDAD Y SALUD DEL TRABAJADOR. 5.1. Dimensión de las obligaciones: obligación del empleador y derecho del trabajador. 5.2. Dimensión de la responsabilidad: responsabilidad objetiva del empleador. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Los conflictos en torno a la seguridad y salud en el trabajo en los países del tercer mundo, no pueden desentenderse de los procesos de reestructuración económica mundial en el contexto del neoliberalismo, cuyas etapas han concluido con la consolidación de oligopolios y monopolios, los cuales han visto en el ámbito social (v.g. derechos laborales, pensiones y salud) una fuente de rentabilidad económica por la existencia de trabajadores cautivos.

Esto determinó que, a finales del siglo XX, el marco jurídico estuviera marcado por una creciente desregulación desligada, absolutamente, de cualquier proyecto de desarrollo nacional, limitándose al acoplamiento de las necesidades del capital financiero internacional que buscaba el restablecimiento de las relaciones de subdesarrollo y dependencia. De esta forma, las relaciones laborales se vieron afectadas por diversas circunstancias tales como: 1) proliferación de contratos a plazo fijo y mecanismos de subcontratación, 2) desarrollo de la informalidad, subempleo y el trabajo precario, 3) crisis y repliegue del movimiento sindical, 4) inserción de nuevas tecnologías (v.g. plataformas digitales) al proceso económico, 5) sistemas de pensiones y salud a merced de las compañías y administradoras privadas, y 6) judicialización de los conflictos laborales.

En el periodo pandémico, los Estados, ante la grave crisis sanitaria, se han visto obligados a adoptar medidas raudamente para atenuar las contradicciones suscitadas por la falta de interacción presencial de los miembros de la sociedad; sin embargo, estas actuaciones son más de carácter reactivo que de una sincera lucha contra la situación de precariedad de la población en general, y de los trabajadores, en particular.

Todas estas contradicciones han agudizado la solución definitiva de los problemas relacionados con la seguridad y salud en el trabajo, de tal forma que se plantea la necesidad del desarrollo, renovación constante y profundización de la totalidad de sus enfoques, estudios, conceptos, categorías, instituciones, variables, problemáticas, etc. No por nada, la importancia de este aspecto en específico ha sido materia de interés por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), que en su 110ª Conferencia Internacional del Trabajo incorporó como uno de sus principios y derechos fundamentales en "el trabajo el entorno de trabajo seguro y saludable".

Es por ello que, dentro de toda la configuración de la seguridad y salud en el trabajo, los riesgos profesionales existentes u ocasionados en el entorno laboral se presentan como una ámbito de análisis necesario para comprender los mecanismos preventivos, protectores, promotores y habilitadores de la seguridad y salud en el trabajo; teniendo en cuenta el pasado problemático que arrastra dicha temática, pasando por los problemas agudizados por la pandemia hasta incluir en ella la perspectiva de interpretación y lineamientos para comprender los riesgos del trabajo de nuestra época; lo cual puede conseguirse mediante un esquema de estudio lo más integral posible.

En el presente estudio se busca interpretar sistemáticamente el problema de la seguridad y salud en el trabajo a través de su estructuración en el Derecho de los Riesgos del Trabajo, que permita comprender el rol y la dimensión de cómo la fuerza de trabajo se puede integrar armónicamente en el proceso productivo, sin dejar de lado los conflictos que se arrastran desde el pasado y los problemas actuales de nuestra época.

A partir de dichos objetivos, el presente artículo empieza con el capítulo 2, donde se desarrolla un estudio crítico de los elementos constitutivos de la seguridad y salud en el trabajo, que implican las características, fuentes de surgimiento, los riesgos profesionales principales, definición, rol y objeto; posteriormente, en el capítulo 3,

se desarrolla la seguridad y salud en el trabajo explicando cada uno de sus componentes; luego, en el capítulo 4, se explica la función preventiva, protectora, promotora y habilitadora de la seguridad y salud en el trabajo; y finalmente, en el capítulo 5, se estudia la responsabilidad del empleador frente a la seguridad y salud en el trabajo, teniendo en cuenta la dimensión de su obligación y responsabilidad patronal.

Con todo ello se pretende aportar con la mejor comprensión del conflicto de la seguridad y salud en el trabajo teniendo en cuenta una estructuración de los elementos integrantes del Derecho de los Riesgos del Trabajo, a partir de lo cual se permitan generar mecanismos de protección integral ante los riesgos profesionales acaecidos o existentes en el centro de trabajo en las condiciones de nuestra época.

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO"

2.1. Características de los riesgos del trabajo en perspectiva pospandémica

En el contexto prepandémico, un trabajador –en condiciones normales y con un horario normal–, previo a ingresar al centro de trabajo, organizaba y programaba su día a día, ingiriendo los alimentos necesarios –conforme al nivel de sus ingresos económicos– para desarrollar su jornada de trabajo total; luego, se dirigía a su centro de labores a través de medios de transporte, cuyo desplazamiento implicaba exponerse a diversos riesgos sociales debido a su interacción con personas y ambientes (v.g. estrés, contaminación visual, ambiental y auditiva, inseguridad ciudadana, etc.). El trabajador, una vez llegado al centro de labores –cargando consigo todos los conflictos sociales, económicos, culturales, étnicos, personales, etc.–, debía reportar su asistencia a través de los medios tecnológicos respectivos e iniciar sus labores en el puesto de trabajo físico en el que se encontraba designado. En el intermedio de dicha jornada, realizaba una pausa e ingería los alimentos para, posteriormente, continuar con sus labores hasta completar el tiempo de trabajo. Al finalizar, retornaba a su hogar realizando el mismo recorrido y enfrentándose a las mismas circunstancias en las que llegó a su centro de trabajo.

Esta situación varió drásticamente durante la pandemia; pues todo aquel desplazamiento del trabajador desde su hogar hacia su centro de labores, fue alterado de forma significativa, predominando y profundizándose –en lo fundamental– el uso de plataformas digitales y del teletrabajo debido al riesgo social que representaba la COVID-19. Así, dichas modificaciones afectaron gravemente al trabajador en su seguridad y salud, pues la OIT[1] señaló algunos de sus impactos:

1 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Frente a la pandemia: garantizar la seguridad y salud en el trabajo*, Ginebra, OIT, 2020, pp. 19-27.

- Riesgos psicosociales derivados de la incertidumbre y angustia presente y futura de la situación laboral o de los cambios en los procesos y disposiciones laborales.

- Problemas de salud mental, como la depresión, agotamiento visual y físico, estrés, insomnio, ansiedad, entre otros.

- Violencia, acoso y discriminación ante la falta de información y la ausencia de mecanismos adecuados para afrontar la pandemia.

- Jornadas laborales más largas y extenuantes, así como el desdibujamiento de la línea divisoria entre el trabajo y la vida familiar; cuya afectación recayó con mayor énfasis en las mujeres, quienes siguieron asumiendo las principales responsabilidades del trabajo no remunerado en el hogar, incluida la prestación de cuidados a los miembros vulnerables de la familia (v.g. ancianos), ya que las escuelas y/o guarderías se encontraban cerradas.

- Problemas ergonómicos y físicos debido a la alteración del lugar de trabajo, actividades repetitivas, uso de equipos de protección personal pesado o aumento de la intensidad de trabajo por ausencia de trabajadores, que originaron estrés, fatiga, deshidratación, trastornos musculoesqueléticos, etc.

- Riesgos ambientales y químicos, debido a la exposición de productos químicos y desinfectantes.

En estas nuevas circunstancias, se modificaron las condiciones del uso de la fuerza de trabajo durante la jornada laboral, la forma de organización en el centro de labores y las relaciones empleador-trabajador, donde el tiempo de la vida personal y familiar del trabajador entró en conflicto con el tiempo de la jornada laboral, surgiendo la necesidad de ir regulando los derechos sociales (v.g. derecho de desconexión) para proteger al trabajador de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que acechaban.

En el contexto mundial y en perspectiva, MARTÍN HERNANDEZ[2] ha señalado que la seguridad y salud en el trabajo, presenta las siguientes características:

- Protección de los trabajadores frente a los daños y los riesgos laborales a través de la prevención de dichos daños y la eliminación de sus causas.

- Interpretación amplia de los conceptos de riesgos y salud laboral, abarcando ya no sólo las condiciones del lugar de trabajo, de los medios y equipos de trabajo y de los agentes físicos, químicos o biológicos presentes, sino también los riesgos psicosociales que existen en el trabajo (v.g. excesiva carga de trabajo, falta de participación en la toma de decisiones que afectan al trabajador, acoso laboral o moobing, inestabilidad laboral), y en cuanto a la salud, se asume una visión no

2 MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L., "El futuro de la seguridad y salud en el trabajo: perspectiva política y normativa", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 1, enero-marzo, 2020, pp. 123-128.

sólo de ausencia de enfermedad sino como un estado de bienestar y equilibrio físico, psíquico y social (Organización Mundial de la Salud).

- La actividad de prevención de riesgos laborales adquiere un carácter dinámico, en el que, en base a un alto nivel de protección, se debe actualizar dichas medidas conforme a la modificación de los riesgos.

- La actividad de la empresa se diseña como una actividad de gestión empresarial, estableciendo la responsabilidad de liderarlo a la empresa, a través de planes, funciones, procedimientos, procesos y los recursos correspondientes.

- Para garantizar una adecuada y eficaz protección de la seguridad y salud de los trabajadores, resulta indispensable su participación, tanto individual como colectiva.

- Se busca adaptar el trabajo al trabajador, haciendo énfasis en aquellos sectores, que por sus condiciones (v.g. embarazadas, menores de edad, discapacitados, etc.) requieren de una protección específica que responda a sus particularidades.

- El empleador asume los recursos materiales y humanos especializados que le permitan atender efectivamente todas sus obligaciones, lo que implica, contar con un equipo multidisciplinario de especialistas con diversidad de conocimiento (v.g. física, química, biología, ingeniería, medicina, psicología, etc.) para enfrentar adecuadamente a la totalidad del conflicto.

- Los poderes públicos establecen medidas cuyo objetivo es promocionar la seguridad y salud en el trabajo que impactan, directa o indirectamente, en la estructura interna de la empresa.

En este panorama general, los obstáculos que se presentan en la implementación de las medidas de seguridad y salud en el trabajo pueden originarse, por un lado, debido a la competencia entre los capitalistas que buscan reducir sus costos económicos o ante la falta de presupuesto del Estado, que observan –a corto plazo– como una inversión sin retorno la implementación de mecanismos de prevención, protección, promoción y habilitación de la fuerza de trabajo; por otro lado, una legislación o políticas de seguridad y salud en el trabajo que adquieren un carácter estático y reactivo ante los cambios constantes de las instituciones, criterios, dimensiones, principios, medidas, etc. de los riesgos profesionales y lo conflictos en torno a ellos.

En lo que se desenvolvió todo este proceso, la fuerza de trabajo fue sometida a una jornada laboral bajo nuevas técnicas de producción que le originaron un desgaste físico, psicológico y social, así como una exposición a factores, ambientes, instrumentos y condiciones de trabajo asociados a la profundización del uso de los medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones, que han afectado al trabajador de forma tanto permanente o temporal, como total o parcial; ya sea por un accidente de trabajo ocurrido o enfermedad profesional adquirida, los cuales pueden explicarse por exposición a ambientes laborales conflictivos, actuaciones riesgosas, falta de equipo de protección personal, infraestructura deficiente, inexperiencia en el uso

de maquinarias, falta de capacitación de los trabajadores, inexistencia de programas de seguridad y salud en el trabajo, entre otros factores.

De todos estos factores –y con mayor claridad vista en el periodo pospandémico–, resulta importante destacar aquellos relacionados con la estructura organizativa del centro de trabajo, el tipo de contrato que tienen los trabajadores, las relaciones trabajadores-empleadores, la jornada laboral, la remuneración, el grado de explotación de la fuerza de trabajo, etc. pues, las causas que originan los riesgos laborales no sólo provienen de aquellos factores asentados en los medios de trabajo proporcionados por la empresa o Entidad ni únicamente del proceso productivo o la prestación de servicios, sino también pueden provenir de las condiciones en que se utiliza la fuerza de trabajo durante la jornada laboral dentro de un conjunto de relaciones sociales de producción.

Es por ello que se tiene que considerar los diversos factores estructurales que encierra la afectación a la seguridad y salud del trabajador y se expresan en una enfermedad profesional o accidente de trabajo; factores que muchas veces se dejan de lado pero que puede representar una condición determinante del origen de los riesgos profesionales; en ese sentido ROJAS SORIANO afirma que "es necesario que se tome en cuenta que el proceso de trabajo se encuentra inmerso en relaciones sociales capitalistas que imponen su huella tanto dentro de la fábrica o taller como fuera del ámbito de trabajo. Se requiere, por lo tanto, tener presente que una gran cantidad de accidentes suceden porque el trabajador tiene poca o nula participación en la organización del proceso de producción, al obrero se le considera un apéndice de la máquina, existe enajenación, falta de creatividad por parte del trabajador. Los procesos de producción cada vez más mecanizados conducen a que el obrero experimente con mayor frecuencia fatiga física y mental. A todo lo anterior hay que agregar que en las grandes ciudades como la nuestra el traslado del hogar al trabajo y viceversa rebasa en promedio tres horas diarias en un transporte incómodo e inseguro. Aunado a esto, debe tomarse en cuenta que la crisis se manifiesta con todas sus consecuencias en el seno de la familia creando una problemática compleja que repercute directa e indirectamente en la manera cómo el trabajador se inserta en el proceso productivo. Así, el desempleo generalizado, el subempleo, la pérdida del poder adquisitivo del salario (…), genera mayor desnutrición, estrés, neurosis, hipertensión, úlceras, gastritis, etcétera. Todo esto crea un campo propicio para que surjan, por un lado, actos inseguros que ocasionan accidentes de trabajo, y por el otro, diversas enfermedades laborales o relacionadas con el trabajo"[3].

Todas estas circunstancias que impactan al trabajador en el normal desenvolvimiento de su fuerza de trabajo harán surgir la necesidad de establecer una regulación sobre las condiciones en que se contrata a la fuerza de trabajo, con el objetivo de comprender las causas que hacen surgir –desde el punto de vista de la responsabilidad– los

3 ROJAS SORIANO, R., *Crisis, salud-enfermedad y práctica médica*, México, Plaza y Valdés S.A. de C.V., 2000, pp. 101-102.

conflictos sociojurídicos, en general, y los riegos profesionales, en particular, asimismo, se busca atender la seguridad y salud en el centro de trabajo y orientar todos los esfuerzos a realizar ajustes a la organización de la fuerza de trabajo para mejorar el flujo del proceso productivo que redunde en el bienestar del trabajador.

En este ámbito aparece el problema de cómo concebir –desde el punto de vista jurídico– la aplicación de las normas de la seguridad y salud en el trabajo, pues, estos pueden aparecer *prima facie* como problemas técnicos, donde sólo bastaría con la mejora del ambiente de trabajo, modificar alguna que otra exigencia en la ejecución de tareas, reestructurar la organización de trabajo, capacitar a los trabajadores en los riesgos profesionales o en el uso de determinados medios de trabajo (v.g. maquinaria pesada) o materiales (v.g. químicos) empleados, etc. para resolver el conflicto en la seguridad y salud en el trabajo.

Sin embargo, resulta importante no perder de vista su carácter social y, en consecuencia, comprender que el problema de los riesgos profesionales se encuentran subordinadas a las relaciones capitalistas de producción, por lo que la implementación y ejecución de los mecanismos de prevención, protección, promoción y habilitación de la fuerza de trabajo, son constreñidos por los factores que determinan la producción capitalista: el criterio de rentabilidad y/o la reducción de sobrecostos laborales; todo lo cual repercute en cómo el empleador establece las condiciones laborales bajo las cuales se contrata a la fuerza de trabajo, lo que puede representar un factor determinante al momento de establecer su responsabilidad en la existencia de un riesgo profesional.

2.2. Fuentes de surgimiento de los riesgos profesionales

Las fuentes de surgimiento de los riesgos profesionales representan el punto de partida para comprender los elementos, agentes, factores, situaciones, etc. que condicionan el origen de los siniestros laborales, los cuales generan la necesidad de establecer medidas preventivas, protectoras, promotoras y habilitadoras para evitarlos o eliminarlos. De forma general, los riesgos profesionales pueden provenir de las condiciones materiales de trabajo, el ambiente y lugar de trabajo, factores individuales, de la organización del trabajo, la gestión de la prevención[4].

Además, la comprensión de dichas fuentes, también debe llevarnos a interpretar los principios con el que las medidas preventivas, protectoras, promotoras y habilitadoras las han abordado, ya que estas representan criterios o patrones que pueden conducir el tratamiento jurídico-social de dichas fuentes; es así que LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ[5], destacan los siguientes principios:

---

4 INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, *Fundamentos para la prevención de riesgos laborales*, Barcelona, INSHT, 2017, pp. 20-21.

5 LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F., *Curso de Prevención de Riesgos Laborales*, 21va. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 22.

- Los accidentes y otros riesgos laborales no son fruto del azar ni consecuencia de causas naturales, sino de causas que pueden ser descubiertas y que se pueden evitar.
- En la mayoría de los accidentes no hay causas naturales, sino una multitud de causas relacionadas entre sí (multicausalidad).
- De las múltiples causas es posible distinguir las principales (propiedad factorial de las causas principales) de las secundarias.
- Es posible eliminar los riesgos mediante técnicas preventivas, previa detección, análisis y control de los mismos, si no de manera absoluta, sí al menos relativa. Para alcanzar tales objetivos hay que utilizar técnicas analíticas, preventivas y operativas, que conciernen a varias disciplinas.

De esta forma, es posible profundizar en la explicación de algunas fuentes específicas del surgimiento de los riesgos del trabajo a partir de los cambios existentes de nuestra época, teniendo en cuenta la necesidad de proteger integralmente al trabajador de los daños a su salud, las condiciones materiales de existencia en el que se desencadenan los acontecimientos, así como el análisis y organización dialéctica de las causas principales y accesorias que hacen surgir los diversos siniestros laborales; aspectos que permitirán tener una perspectiva más integral y crítica al momento de abordar el surgimiento de los riesgos profesionales.

Es por ello que, encontramos importante relevar el papel, principalmente, de tres fuentes de surgimiento de los riesgos profesionales que a continuación pasamos a explicar:

a) El objeto de trabajo: Según VÓLKOV, SMIRNOV y FAMINSKI se define de la siguiente forma: "Cosa o conjunto de cosas que son sujetas a la acción del hombre en el proceso de producción. Pueden ser de dos tipos: a) materiales extraídos directamente de la naturaleza y convertibles en producto (hulla y mineral extraídos en las minas, peces en los estanques naturales); b) materiales sometidos a una tratamiento preliminar. Estos se denominan materia prima o material en bruto (por ejemplo, el hilo en la industria textil, los metales o plásticos en las empresas de construcción de maquinaria, etc.). Los objetos de trabajo que proporciona la naturaleza antes de convertirse en productos acabados pasan por una serie de fases de elaboración. Los objetos de trabajo que forman la base material del producto se denominan "materiales básicos" y los que facilitan el propio proceso del trabajo, o se añaden a los materiales básicos para conferirles determinadas propiedades, constituyen los "materiales auxiliares". A medida que se desarrolla la producción, el número de objetos de trabajo se amplía constantemente. La revolución científico-técnica ha generado una tendencia por entero nueva de modificaciones en los objetos de trabajo: se crean materiales nuevos que no existen en la naturaleza, con propiedades

establecida de antemano, lo cual libera a la producción de las limitaciones de materiales naturales. Los nuevos objetos de trabajo (por ejemplo, los polímeros, las resinas sintéticas, los materiales termorresistentes y de elevada solidez, y otros) desempeñan un papel revolucionario en el desarrollo de muchas ramas de la economía"[6].

El trabajador expuesto y/o en contacto (de forma inmediata, constante y progresiva) con el objeto de trabajo (minerales, sustancias químicas, calor, lana, contaminantes atmosféricos, hulla, madera, caucho, metales, hilo, radiaciones, polvo, etc.), puede encontrarse sometido a determinados riesgos profesionales que impliquen una afectación grave a su salud, tales como irritaciones, alergias, infecciones, amputaciones, etc.

Estos riesgos profesionales a los que se encuentra expuesto el trabajador, exige comprender también que detrás del "objeto de trabajo", existe un espacio físico donde se encuentra anidado o depositado, ya sea la tierra, los bosques, el mar, las minas, entre otros; cuyo espacio geográfico, ambiental, climatológico, etc. también representan un potencial riesgo profesional que afecte su salud; lo que se agudiza con los cambios técnico-científicos que renuevan incesantemente los métodos de evaluación, análisis, extracción, procesamiento, elaboración, etc. de dichos objetos.

b) Los medios de trabajo: Estos se pueden definir, siguiendo a MARX, de la siguiente forma: "Es una cosa o conjunto de cosas que el trabajador interpone entre él y el objeto de trabajo y que le sirve como "vehículo" de su acción sobre dicho objeto. El trabajador se vale de las propiedades mecánicas, físicas y químicas de las cosas para hacerlas operar, "conforme al objetivo que se ha fijado", como medios de acción sobre otras cosas. El objeto del cual el trabajador se apodera directamente –prescindiendo de la aprehensión de medios de subsistencia prontos ya para el consumo, como por ejemplo frutas, caso en que sirven como medios de trabajo los propios órganos corporales de aqué– no es objeto de trabajo sino medio de trabajo"[7].

Esto quiere decir que, el trabajador, al emplear las herramientas, utensilios, equipos, materiales, máquinas, etc. se puede encontrar expuesto a vibraciones o ruido de la máquina o artefactos, los explosivos, bacterias, virus, entre otros similares que pueden representar riesgos profesionales. Los medios de trabajo contienen propiedades mecánicas, físicas, químicas, radioactivas, etc. que permiten al trabajador realizar su labor durante su jornada de trabajo y que –por lo general– son entregados

6 VÓLKOV, M., SMIRNOV, M. y FAMINSKI, I. (coords.), *Diccionario de Economía Política, Moscú*, Editorial Progreso, 1985, p. 279. Cfr. MARX, K., *El capital. Libro Primero: el proceso de producción del capital*, t. I, Vol. 1, México, Siglo XXI Editores, 2008, pp. 216-217.

7 MARX, K., *El capital. Libro Primero: el proceso de producción del capital*, *Op. cit.*, p. 217.

por el empleador, y que por ello son indispensables para el desarrollo del proceso productivo.

Además, deben considerarse también como medios de trabajo los edificios, carreteras, canales, etc. que se convierten en "vehículos" (debido a sus propiedades físicas) que permiten al trabajador ejecutar sus labores, esto es, ejercer su acción sobre el objeto del trabajo, donde también se encuentra expuesto a factores geográfico, ambientales, climatológicos, etc. que pueden implicar un riesgo del trabajo.

c) Las condiciones de trabajo: En principio, es importante señalar los ámbitos que abarcan las condiciones de trabajo, ya que es una fuente de los riesgos profesionales muy amplia; es así que GÓMEZ VALDEZ señala que las condiciones de trabajo, "en sentido amplio", se asocia a la organización del tiempo de trabajo existente al interior del centro de labores, al conjunto de actividades que debe realizar el trabajador de acuerdo con el contrato de trabajo, aspectos de la salud e higiene en las que desarrolla su actividad, la remuneración que le permita satisfacer sus actividades materiales y espirituales, la formación profesional y otra condiciones para garantizar empleos decentes; y "en sentido estricto", las condiciones de trabajo se circunscriben en el aspecto material en el que se desenvuelve la fuerza de trabajo de conformidad a la organización del centro de labores así como los aspectos de seguridad y salud en el trabajo[8].

Con dicha explicación, se puede comprender que las condiciones de trabajos están referidas al conjunto de factores, elementos, situaciones, etc. que permiten desenvolver el uso adecuado y racional de la fuerza de trabajo en el modo y forma pactada en un ambiente laboral digno y seguro, de tal forma que se desarrolle, promueva y estimule las potencialidades y capacidades del trabajador. Esto permite, en el ámbito jurídico, encuadrar a la fuerza de trabajo al proceso productivo o prestación de servicios, en el marco de las relaciones sociales de producción capitalista a través de un contrato laboral o la existencia de una relación laboral.

Es importante resaltar aquí que, las condiciones de trabajo deben orientarse a crear un ambiente donde exista un "trabajo decente", esto es, un trabajo productivo que es ejercido en condiciones de libertad, equidad, seguridad, igualdad y dignidad humana, donde se desarrolla un respeto de los derechos sociolaborales (protección y promoción de los derechos fundamentales en el trabajo), se garantiza el despliegue de mecanismos de protección social ante los riesgos sociales (derecho a la seguridad social), se fomenta la libertad de asociación y de participación democrática de la toma de decisiones político-sociales (diálogo social) y se enmarca en una política de creación y promoción del empleo (fomento del empleo), con el objetivo de permitir al trabajador un sustento económico social justo y proporcional a su trabajo para el

8 GÓMEZ VALDEZ, F., *Derecho del trabajo Individual, Relaciones Individuales de trabajo*, 4ta. Ed., Perú, Editorial San Marcos, 2015, p. 560.

sostén de su familia y de sus actividades económica sociales, así como la posibilidad de enfrentar los riesgos sociales[9].

No obstante, es importante añadir una visión crítica sobre dicho concepto[10], pues si las condiciones de trabajo deben adquirir determinadas características normativas o actuaciones de diálogo social, resulta vital que estas se analicen desde su sentido fáctico para que no encierren en sí contenidos y actuaciones que supondrían un cumplimiento formal (v.g. cumplir con que los órganos competentes emitan la norma y se haya realizado siguiendo el procedimiento respectivo) pero lesivo de los derechos sociales de los trabajadores (v.g. normas sectoriales "consensuadas" que recortan derechos del régimen general), pues, dado el carácter de clase que encierra muchas veces el conflicto sociolaboral, las normas, las políticas públicas, la creación de instituciones sociales, etc. pueden crear un estado situacional de amenaza y vulneración sistemática de los derechos de los trabajadores de modo tal que las condiciones de trabajo a la que son sometidos se caractericen principalmente por la "superexplotación"; esto es –siguiendo a MARINI–, "la mayor explotación de la fuerza física del trabajador, (…), y [que] tiende normalmente a expresarse en el hecho de que la fuerza de trabajo se remunere por debajo de su valor real"[11]; a partir de lo cual, el trabajo decente se convertiría en un concepto vacío, cuyo significado justificaría una forma de explotación decente.

Entonces, resulta fundamental comprender que las condiciones de trabajo implican un "trabajo decente" en la medida de que esta exprese un trabajo que no sólo implique el respeto a los derechos, principios y garantías fundamentales emanadas de las relaciones Capital-trabajo o Estado-trabajo, el despliegue de mecanismos de protección social y el fomento de la participación democrática en espacios de toma de decisiones sobre política económica y social, sino que también se convierta en una auténtica fuente que le permita al trabajador acceder a las más variadas condiciones de existencia: cultura, educación, vivienda, tecnología, salud, alimentación, vestimenta, etc. en el grado actual de desarrollo (vía estándares económicos,

---

9 SOMAVÍA, J., *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*, Santiago, OIT, 2014, pp. 11, 29-32, 469, 557-558, 608, 622 y 633. Cfr.: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Trabajo decente: memoria del Director General*, Conferencia Internacional del trabajo, 87ª Reunión, Ginebra, OIT, 1999.

10 RENDÓN VÁSQUEZ, J., *Derecho del Trabajo, Teoría General I*, 2da. ed., Lima, Editor Jurídica Grijley E.I.R.L., 2007, p. 260, ha señalado una crítica a dicho concepto de la siguiente forma: "La expresión «trabajo decente» se ha generalizado como una suerte de slogan. Pero en rigor, su acepción es otra. Es opuesta a la expresión «trabajo indecente», que es el trabajo intrínsecamente inmoral e indigno. La decencia o la indecencia dependen de la voluntad de quien lo ejecuta. Un trabajo realizado escamoteando el cumplimiento de las normas laborales, no es, en casi todos los casos, indecente; para el trabajador no lo es. Como tampoco un trabajo sujeto a esas normas no es necesariamente decente; por ejemplo, el narcotráfico, efectuado por cuenta ajena y cumpliendo las obligaciones laborales y de seguridad social, no es una actividad decente. Tal vez el autor de la expresión «trabajo decente» quiso decir «explotación decente», para distinguirla de la expresión «explotación indecente». Cuadra mejor con el contexto y las circunstancias que la originaron. Por lo demás, ¿cabía vislumbrar otra perspectiva con la actual composición de la OIT? Ocho años después de haber sido lanzada esa frase la súper explotación de grandes masas de trabajadores se ha acrecentado".

11 MARINI, R. M., *Dialéctica de la dependencia*, 5ª ed., México, Ediciones Era S.A., 1981, pp. 29-93.

sociales, jurídicos, culturales, etc.) en que se encuentran estas, las cuales deben ser vistas dentro de un marco de transformaciones económicas y sociales que las habiliten y siempre que se encuentren orientadas a maximizar dichos medios de producción y reproducción de la fuerza de trabajo.

Ahora bien, teniendo en cuenta todo lo señalado, se puede indicar que las condiciones de trabajo a las que se expone un trabajador, pueden expresarse –al menos desde la perspectiva jurídica que la aglutina– en tres ámbitos: 1) "las condiciones en cómo se le contrata", el cual abarca el pago de la remuneración (v.g. pago del sueldo o renta mínima legal), el tipo de jornada de trabajo (v.g. completa o parcial), el plazo a contratar (v.g. fijo o indeterminado), entre otros aspectos relativos al tiempo y costo por el uso de la fuerza de trabajo; 2) "las condiciones en cómo se le organiza", tales como las funciones o labores asignadas y/o exigidas, la carga, el lugar físico que ocupa, la producción o el volumen asignado y/o exigido, entre otros aspectos que implican la intensidad del uso de la fuerza de trabajo, cómo se la ubica o cómo se la hace desenvolver en el centro de trabajo; y 3) "las condiciones en cómo se le dirige", en las que se puede destacar la forma en que está establecida el poder de dirección, ejecución, disciplinario y el *ius variandi* del empleador, así como las relaciones –principalmente– entre el trabajador-empleador, trabajador-trabajador o sindicato-empleador; abarcando así al conjunto de reglas que integran, articulan, ajustan y ordenan la fuerza de trabajo en el proceso productivo y las relaciones sociales (de poder, obediencia, amicales, compañerismo, morales, etc.) que surgen de dichas reglas. Estas condiciones de trabajo, pueden adoptar como fuente los estándares nacionales, internacionales, la costumbre, las prácticas sectoriales, la liberalidad del empleador, etc.

En esta situación, el riesgo profesional se puede expresar en la ansiedad, agotamiento, depresión, violencia, acoso laboral y/o sexual, desgaste emocional, estrés o tecnoestrés, deseo de suicidio, discriminación, trastornos musculoesqueléticos vinculados a la ergonomía y otros aspectos similares que tienen un impacto psicológico, físico y social negativo.

En síntesis, estas tres fuentes que originan los riesgos profesionales o del trabajo contienen una gama de conflictos que deben verse como aspectos interrelacionados e interdependientes, es decir, se vinculan entre sí pero tienen un aspecto específico que los diferencia. Dichas fuentes permiten no sólo prever las causas del daño sino también comprender la dimensión del conflicto y los ajustes normativos necesarios para ejercer una protección integral de la fuerza de trabajo en el proceso productivo.

2.3. Los riesgos del trabajo o profesionales: enfermedades, accidentes y riesgos psicosociales en el trabajo

Las fuentes de los riesgos profesionales representan ámbitos del que emanan los riesgos profesionales, donde el trabajador, al interactuar con sus objetos y medios

de trabajo o estar inmerso en condiciones de trabajo, pueden adquirir determinados daños respecto de su seguridad y salud. Estos daños expresados en los riesgos del trabajo o profesionales representan el aspecto principal a analizar de las contradicciones que se originan en torno a la seguridad y salud en el trabajo.

Por ello, en primer lugar resulta importante anotar, que "el riesgo del trabajo o profesional" –siguiendo a CABANELLAS– se caracteriza por: 1) constituirse en la base para fijar la responsabilidad patronal para establecer los sujetos de derechos y obligaciones respectivos; y 2) por ser una lesión, enfermedad o agravación que sufre el trabajador, para determinar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondientes[12]. A partir de ello, pude ser definido como "un evento al que se encuentran expuestos los trabajadores por causa o razón de la labor o tarea que ejecutan por cuenta ajena; esto es, como consecuencia de su trabajo o durante el ejercicio de este"[13].

El producto más acabo de estos conflictos vienen a ser los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siendo que –siguiendo a DE DIEGO–, la primera se entiende como "hecho súbito, generalmente violento y traumático, que se produce dentro del ámbito laboral o por el hecho o en ocasión del trabajo, y que lesiona física o sicológicamente al sujeto, y le produce una incapacidad"[14], mientras que el segundo se refiere a "las enfermedades originadas ante la presencia de un agente hostil dentro del ambiente laboral que produce una incapacidad para trabajar, y que generalmente tiene lenta evolución"[15].

Además, una diferenciación entre ambas que puede permitir su comprensión más profunda, lo indican GRIMALDI y SIMONDS: "Las lesiones en el trabajo se producían de repente, y su causa (por ejemplo la máquina, el terreno de trabajo, la herramienta, etc., más estrechamente asociada con la lesión) estaba claramente a la vista. No obstante que la mayoría de las enfermedades ocupacionales se presentan con relativa lentitud. La exposición a un contaminante perjudicial para la salud puede ser de muchos años antes que se presente una alteración patológica. Estas exposiciones a largo plazo pueden conducir finalmente a una enfermedad crónica que por lo general es irreversible. Un ejemplo es la clase de enfermedades ocupacionales conocidas como neumoconiosis (enfermedad de los pulmones), que son producidas por la inhalación por largo tiempo de partículas de polvo respirables como el sílice. La exposición a corto plazo o agudas suelen referirse a grandes exposiciones a una substancia tóxica en un periodo corto, lo que da origen a una afectación aguda que se convierte en una enfermedad de la cual un individuo suele recuperarse sin observar un daño permanente"[16].

---

12 CABANELLAS, G., *Derecho de los riesgos del trabajo*, Argentina, Bibliográfica Omeba, 1968, p. 204.

13 CABANELLAS, G., *Derecho de los riesgos del trabajo*, *Op. cit.*, p. 205.

14 DE DIEGO, J. A., *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 5ta. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 855.

15 DE DIEGO, J. A., *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*, *Op. cit.*, p. 856.

16 GRIMALDI, J.V. y SIMONDS, R. H., *Manual de Seguridad Industrial y Métodos de Trabajo*, t. I, México, Ediciones Alfaomega, 1991, p. 417.

En ese sentido, el accidente de trabajo se asocia a una lesión repentina e improvista, cuyo factor u objeto que originó dicha situación puede ser observable y tangible, mientras que las enfermedades profesionales implican un daño a la salud por la penetración de agentes nocivos al organismo que lo perjudica progresivamente. En ambos casos la incapacidad para laborar está presente, aunque en la primera estaría más asociada a una lesión física, mientras que la otra se presentaría a través del daño a un órgano del trabajador.

Además de estos riesgos profesionales, en las condiciones de nuestra época es importante comprender la complejidad del ser humano-trabajador que se encuentra expuesto a situaciones de riesgos laborales a causa del desenvolvimiento de las tecnologías de la información, las exigencias del aumento de la productividad y el incremento de la intensidad del uso de su fuerza de trabajo, lo que ha traído consigo la necesidad de proteger áreas que podrían escapar de una simple lesión o la adquisición de enfermedades profesionales, y que están relacionadas más con el impacto psicosocial de la condiciones de trabajo.

Por ejemplo, el trabajo realizado por un conductor en el marco de un "contrato precario"[17] que le obliga (de forma indirecta) a laborar en otras actividades para obtener ingresos económicos adecuados para sostener a su familia y afrontar sus gastos económicos, sometiéndose a jornadas laborales extenuante sin poder estar en condiciones adecuadas para el cabal cumplimento de sus funciones; de esta forma, la precariedad laboral puede ser un factor determinante que no permita una fuerza de trabajo íntegramente apta para desarrollar su labor a plenitud, ocasionándole riesgos psicológicos (v.g. estrés, insomnio, etc.) que pueden ser el preludio de accidentes de trabajo. Otra situación podría darse en un clima conflictivo en el que se prohíba la participación democrática de los trabajadores o sus representantes (v.g. delegados y sindicatos) en la organización y administración de la seguridad y salud en el trabajo, lo que puede ser el preludio del rechazo a las medidas de seguridad y salud en el trabajo, la deficiente y/o simbólica fiscalización y control de las medidas adoptadas o una identificación inadecuada de los peligros o evaluación de riesgo. Todas estas situaciones permiten dimensionar el conflicto de la seguridad y salud en el trabajo a través de las condiciones en las que se contrata la fuerza de trabajo, de ahí que estos factores de riesgo deben ser también atendidos a través de medidas preventivas, protectoras, promotoras y habilitadoras adecuadas, idóneas e integrales tendentes a mejorar la calidad de vida del trabajador en su centro de labores.

---

17 En los países del tercer mundo, el contrato precario encierra el trabajo precario, el cual no supone una modalidad flexibilizada de contratación para atender a las necesidades de producción y rentabilidad del capital de nuestra época sino que representa –según GÓMEZ VALDEZ, F., *Contrato de Trabajo*, t. II, Perú, ADRUS D&L Editores S.A.C., 2016, p. 351– "aquel que se ejecuta por debajo o fuera de los estándares regulados como habituales o ligados a la actividad normal de la empresa o de los contratos típicos de trabajo existentes en ella"; entonces, el contrato precario regula el intercambio de la fuerza de trabajo por contraprestaciones económicas en el marco de la superexplotación, lo que implica el pago de salarios por debajo de los estándares nacionales, internacionales, de la costumbre, etc., extensión e intensificación de la jornada laboral, inexistencia de beneficios sociales (v.g. vacaciones, compensación por tiempo de servicio, etc.) y de protección social (v.g. pensiones, salud, etc.), entre otros.

Por ello, deben destacarse los riesgos psicosociales en el trabajo como un componente de los riesgos profesionales, que –según su dimensión compleja– representa un campo novedoso para el análisis de la responsabilidad patronal por el daño a la seguridad y salud del trabajador; de esta forma, se la puede definir –siguiendo a NEFFA– de la siguiente forma: "Los factores de riesgo psicosocial en el trabajo hacen referencia a las condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral vigente en empresas u organizaciones que se desenvuelven en un contexto histórico, económico y social determinado y esencialmente a la configuración de los factores que incluye el proceso de trabajo (fuerza de trabajo, objetos, medios de trabajo) como factor determinante. Están directamente relacionadas con factores condicionantes: los riesgos del medio ambiente (agentes físicos, químicos y biológicos, tecnológicos y de seguridad), y las condiciones de trabajo (que incluyen el contenido y la organización del trabajo, la duración y configuración del tiempo de trabajo, el sistema de remuneración, las características de los medios de producción y el impacto de las nuevas tecnologías, los servicios sociales y de bienestar ofrecidos por la empresa, la relación salarial y los modos de gestión de la fuerza de trabajo, la aplicación de la ergonomía y las posibilidades de participar en la prevención de los riesgos). Estos factores interactúan y se desarrollan según sean las relaciones sociales en el trabajo (con la jerarquía, los colegas, subordinados, clientes y usuarios) todo lo cual actuando a través de mecanismos psicológicos y fisiológicos pueden afectar y llegar a dañar tanto a la salud física, psíquica y mental del trabajador como al desempeño de su labor en la empresa, impactando sobre la productividad, la calidad de la misma y la competitividad. Finalmente repercuten a nivel macroeconómico sobre el sistema de seguridad social incidiendo sobre el gasto público en materia de salud. Se asume un modelo multicausal que implica que diversos factores causales existentes (los ya mencionados y otros aún desconocidos) pueden interaccionar en la realidad, de manera que una misma dolencia, daño o enfermedad tiene en la práctica diversas causas y que a su vez, una misma causa puede estar relacionada con diversos efectos (enfermedades o trastornos de la salud concretos)"[18].

Con dicho planteamiento se busca comprender de forma amplia el conflicto de los riesgos profesionales; en ese sentido, no se puede dejar de mencionar que la responsabilidad que surja, no sólo debe orientarse a proteger al trabajador de los riesgos originados por las condiciones del proceso productivo (v.g. posible exposición a riesgos biológicos) o del uso incorrecto de los medios u objetos de trabajo (v.g. posible accidente incapacitante), sino de aquellas que originen un impacto psicosocial y que –por lo general– se pueden encontrar en las condiciones de trabajo o la forma de organizar las relaciones laborales en el sistema capitalista (tanto en el sector privado como público), la cual puede adquirir un carácter determinante en la alteración de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo.

---

18 NEFFA, J. C., *Los riesgos psicosociales en el trabajo: contribución a su estudio*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CEIL-CONICET, 2015, pp. 113-114.

De ahí que la responsabilidad del empleador no se limite, por ejemplo, a la adopción de medidas administrativas de control, a través de determinados registros, que impliquen la vigilancia y buen estado de los trabajadores antes de realizar sus actividades y/o en el transcurso de sus funciones; sino, que adopte medidas para eliminar, por ejemplo, la práctica de la contratación precaria, resarciendo al trabajador por los derechos y beneficios sociales incumplidos y comprometiéndose a una política de contratación por encima de los estándares nacionales e internacionales orientada al respeto de los derechos sociales; sólo así se concibe una visión integral para abordar los conflictos y las condiciones que determinan los riesgos profesionales.

A partir de todo ello y teniendo en cuenta las condiciones de nuestra época, se puede señalar que los "riesgos del trabajo o profesionales" son eventos, situaciones o contingencias como consecuencia, por el hecho o con ocasión del trabajo, que pueden desenvolverse dentro o fuera del centro de labores, en el desarrollo de las funciones asignadas, por la propia característica riesgosa de la labor, en el desplazamiento del hogar al centro de trabajo, entre otras circunstancias similares que representan la exposición, situación, relación o interacción del trabajador con los objetos, medios o las condiciones de trabajo. Dichos riesgos profesionales hacen surgir las necesidades de diseñar e implementar políticas, planes, programas, directivas, etc. para prevenir, eliminar, minimizar y/o resarcir los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales o riesgos psicosociales, que tiendan a la reparación integral del trabajador.

2.4. El Derecho de los Riesgos del Trabajo: Definición y rol ante la Seguridad y Salud en el Trabajo

Lo hasta aquí señalado permite observar que el trabajador se encuentra expuesto a potenciales accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y riesgos psicosociales producto de su exposición, situación, relación o interacción con los objetos, medios o las condiciones de trabajo. Ante estas contradicciones se erige el Derecho de los Riesgos del Trabajo, el cual –a decir de CABANELLAS–, es definido de la siguiente forma: "(…) concierne a todas aquellas instituciones y medidas relacionadas con los peligros a que el trabajador se encuentra sometido por su prestación de servicios, causa por la cual corresponde incluir en este estudio no sólo cuanto atañe a los accidentes del trabajo y a las enfermedades profesionales en un estricto enfoque jurídico, sino las medidas de seguridad, prevención e higiene en el trabajo"[19].

En efecto, muchos de los problemas en torno a la seguridad y salud en el trabajo han suscitado la necesidad de la intervención del Derecho de los Riesgos del Trabajo a través de instituciones y medidas (de seguridad, prevención e higiene), lo que incluso ha exigido la intervención de médicos, psicólogos, ingenieros, etc. que robustecen y perfeccionan con sus visiones y áreas de dominio las medidas e instituciones que se van generando a consecuencia de la necesidad de protección integral del trabajador

19 CABANELLAS, G., *Derecho de los riesgos del trabajo*, *Op. cit.*, pp. 11-12.

y de las exigencias de cada época, que –como se viene señalando– abarca más allá de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

Es pues importante añadir a ese grupo de riesgos profesionales aquellos que provienen de los riesgos psicosociales de tal forma que las condiciones de contratación de la fuerza de trabajo también sea un ámbito sobre la que el Derecho del Trabajo (relaciones individuales y colectivas del trabajo) e, incluso, el Derecho de la Seguridad Social; establezcan una conexión con el Derecho de los Riesgos del Trabajo, con el objetivo de establecer una protección lo más amplia posible del trabajador.

Por ello y desde una concepción más integral del Derecho del Trabajo, el "Derecho de los Riesgos del Trabajo" regula el conjunto de instituciones, principios, obligaciones, derechos, sistemas, lineamientos, directivas, criterios, etc. para la prevención, protección, promoción y habilitación de la seguridad y salud del trabajador ante las contradicciones surgidas debido a la exposición, situación, relación o interacción del trabajador con los objetos, medios o las condiciones de trabajo, que generen accidentes de trabajo, enfermedades profesionales o riesgos psicosociales que los amenacen o afecten en su integridad (física, psicológica y social) para continuar con en el proceso productivo económico o en la prestación de los servicios públicos. Dichos riesgos profesionales se presentan en el proceso de uso de la fuerza de trabajo en la empresa o administración pública, como consecuencia, por el hecho o con ocasión del trabajo.

A partir de esta definición, el "Derecho de los Riesgos del Trabajo" asume un rol de: 1) cristalización de la totalidad de exigencia (derechos, obligaciones, lineamientos, etc.) para la construcción de un ambiente sano y seguro orientadas a la prevención, protección, promoción y habilitación de la seguridad y salud del trabajador, 2) rama integrante del Derecho del Trabajo con fisonomía propia, tendiente a implementar mecanismos de protección integral a favor del trabajador debido a las desigualdades estructurales expresadas en el conflicto de la seguridad y salud en el trabajo, 3) regulación guía para comprender la responsabilidad ante los riesgos profesionales producto de la exposición, situación, relación o interacción entre el trabajador, por un lado, y los objetos, medios o las condiciones de trabajo, por el otro, para el continuo perfeccionamiento de un ambiente laboral sano y seguro, 4) regulación de los factores, condiciones y relaciones que expresadas en derechos y obligaciones, permiten comprender el uso de la fuerza de trabajo dentro del sistema económico capitalista para analizar los aspectos principales y accesorios de la existencia de riesgos profesionales.

Por ello, la seguridad y salud en el trabajo se enfrenta a una realidad que exige mayores esfuerzos para integrar en su seno –y desde el punto de vista jurídico– a la totalidad de conflictos a través del Derecho de los Riesgos del Trabajo, que permita encauzar la regulación de los principios rectores de la seguridad y salud, las obligaciones y derechos de los empleadores y trabajadores, la regulación de los planes, políticas, programas y sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, el conflicto entre la vida personal-familiar y laboral del trabajador, la existencia de

riesgos psicosociales, la protección especial reforzada para sectores vulnerables (v.g. mujeres, discapacitados, etc.), entre otros.

En todos estos conflictos, las empresas o la administración pública se ven en la necesidad de establecer modificaciones a su estructura organizativa así como ejecutar una reestructuración de la relación del trabajador con su objeto, medios y condiciones de trabajo, con el objetivo de establecer una planificación, evaluación, ejecución y mejora continua en la coordinación, integración, idoneidad, eficiencia, eficacia y adecuación de las medidas preventivas, protectoras, promotoras y habilitadores de la seguridad y salud en el trabajo que permitan armonizar el uso de la fuerza de trabajo con el proceso productivo o el mejoramiento de la calidad y la obtención de valor público de los servicios brindados por el Estado.

Es, por lo tanto, el rol del Derecho de los Riesgos del Trabajo un aspecto relevante que permite tener certeza y fiabilidad del grado de desarrollo de protección del trabajador ante los riesgos profesionales, cuyas fórmulas jurídicas reflejan una necesidad económica y social de proteger integralmente al trabajador ante las vulneraciones y amenazas generadas en el proceso del uso de la fuerza de trabajo por el empleador.

2.5. Objeto de la seguridad y salud en el trabajo: integridad de la fuerza de trabajo

El trabajador, al realizar su jornada laboral, se encuentra expuesto y/o interactúa con materiales, insumos, instrumentos de trabajos, equipos, máquinas, el medio ambiente, el entorno, el clima laboral, las exigencias de productividad, entre otros aspectos; todos los cuales se encuentran subordinados a unas relaciones sociales capitalistas de producción que representa la fuente por la que se regulan las relaciones capital-trabajo o Estado-trabajo. De estas interacciones surgen las relaciones sociales que permiten definir las medidas respectivas a implementar para responder a los riesgos profesionales existentes.

Esto determina que el eje central y principal sobre la que se erijan las medidas de prevención, protección, promoción y habilitación de la seguridad y salud sea el trabajador; pues, por un lado, para el empleador, un flujo sin interrupciones del proceso productivo que permita un uso de la fuerza de trabajo constante satisface los requerimientos de la rentabilidad del capital así como la generación de valor público en los bienes y servicios brindados a la sociedad, y por otro lado, el trabajador que, por el carácter personalísimo del uso de su fuerza de trabajo en la empresa o entidad, requiere de su indemnidad o, en su defecto, reparación integral, que le permita obtener los ingresos para reproducir su fuerza de trabajo, esto es, adquirir los bienes materiales (alimentación, salud, educación, recreación, vivienda, etc.) de su existencia para desarrollar su vida personal, familiar, comercial, etc.

En tales condiciones se puede comprender a la seguridad y salud en el trabajo, mediante el punto de vista jurídico-material en función de su objeto, como aquel

ámbito principal de estudio del Derecho de los Riesgos del Trabajo, que analiza, sistematiza, diagnostica, ejecuta y evalúa los riesgos profesionales ante potenciales afectaciones a la salud, principalmente, de la fuerza de trabajo y de aquellos que se encuentran inmersos (independientemente de la existencia de una relación laboral) en el proceso productivo o desarrollo de servicios.

Bajo dichos elementos, "la seguridad y salud" en el trabajo se puede definir –desde la óptica jurídico-formal y atendiendo a su objeto– como un conjunto de normas orientadas a la prevención, protección, promoción y habilitación de la fuerza de trabajo, asimismo, tiene como eje central la integridad de la fuerza de trabajo ante la exposición, situación, relación o interacción del trabajador con los objetos, medios o las condiciones de trabajo; todo lo cual supone afirmar el bienestar biopsicosocial del trabajador y su dignidad en el centro de trabajo.

Adicional a ello, es preciso incidir en un aspecto vital: la condición humana del trabajador, lo que trae consigo la dignidad al centro de trabajo que genera una transversalidad de la protección sin importar la relación entre el empleador y el trabajador, pues, como lo señala MERMA ABAD: "(…) la razón de ser de la seguridad y salud en el trabajo, como exigencia legal, tiene su origen directamente en el respecto de la condición humana del trabajador y se reafirma en el interés social de contar con una fuente de recursos humanos sana y productiva. Esta obligación se halla dispuesta en el deber de prevención uno de los deberes primordiales de esta rama del derecho"[20].

Esta protección integral sólo puede ser posible a través de una clara conciencia sobre la importancia de la seguridad y salud en el trabajo, así como la participación consciente y activa de los actores sociales (capital, trabajo y Estado) en la realización de dicho objetivo, lo que permite reconocer al trabajador en su "dimensión laboral", como productor de la riqueza social y elemento vital para la producción de bienes y servicios; en su dimensión social, constituyéndose así en la fuente primaria del desarrollo económico y social de un país; en su "dimensión económica", porque labora para atender sus necesidad vitales, el de su familia y los proyectos de vida que surjan en este ámbito y; en su "condición humana", debido al bloque de derechos sociales que se insertan en su condición de trabajador para maximizar la realización de su existencia y proteger su dignidad.

3. COMPONENTES DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

3.1. Diferenciación conceptual preliminar

De forma general, se puede señalar que el proceso de construcción del concepto de la seguridad y salud en el trabajo ha reflejado las convulsiones existentes en cada

20 MERMA ABAD, G., "Fundamentos Jurídicos del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo: Hacia Un Sistema Protector", *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social: Dr. José Matías Manzanilla*, núm. 6, año VI, 2019, p. 297.

periodo de las innovaciones introducidas al proceso productivo así como la diversidad de legislaciones que han surgido para la protección del trabajador. Por ello, a lo largo de su desarrollo ha tenido diversas denominaciones, tales como medicina del trabajo, la salud en el trabajo, medicina laboral, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad e higiene ocupacional, seguridad industrial, entre otras denominaciones hasta ser considerada como seguridad y salud en el trabajo, en la que, principalmente, la OIT y la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) fueron influyendo y contribuyendo, a través de convenios, conferencias, resoluciones, declaraciones, etc., a su estudio, sistematización e integración para su mejor comprensión[21].

Por ello, resulta importante realizar una diferenciación preliminar entre la seguridad en el trabajo, por un lado, y la salud en el trabajo, por el otro, que permita comprender con mayor claridad el aspecto principal que trata cada una, lo que no puede entenderse –desde luego– como aspectos independientes que no se vinculan entre sí; por el contrario, se trata de establecer una delimitación conceptual sólo para comprender la dimensión del conflicto jurídico y la responsabilidad que recae sobre estas en el empleador. Por ello, la diferenciación preliminar que se puede señalar –siguiendo a ACKERMAN– es la siguiente: "(…) la seguridad se relaciona con las agresiones de manifestación súbita y efectos inmediatos, correspondiéndose, *grosso modo*, con el concepto de accidente de trabajo, mientras que las actuaciones sobre la "salud", de más difícil percepción sensorial y efecto diferidos, aunque no por ello menos graves, a imagen de la enfermedad profesional, se relaciona con la salud –o higiene–"[22].

De lo señalado se puede comprender de forma general que "la seguridad en el trabajo" encierra en su seno a las acciones contra los accidentes trabajo, mientras que "la salud en el trabajo", se refiere fundamentalmente a las medidas contra las enfermedades profesionales; lo que no obsta para que en las medidas que se deben adoptar en ambos ámbitos se busque proteger al trabajador de los factores del proceso de trabajo a fin de evitar "riesgos psicosociales" que afecten su salud física, psíquica y social.

Teniendo en cuenta ello, resulta fundamental ir disgregando los componentes de la seguridad y salud en el trabajo, aunque con una explicación dialéctica, para profundizar en el desarrollo de cada dimensión del conflicto.

3.2. La seguridad en el trabajo

Para empezar, la seguridad en el trabajo es –según GÓMEZ VALDEZ–, aquella que: "(…) tiene por objeto la anulación o reducción del número y consecuencias de los accidentes laborales, entendidos como tales los sucesos que se producen bruscamente

21 RUBÍ SALAZAR, I. (coord.), *Seguridad y Salud en el Trabajo en México: avances, retos y desafíos*, México, Subsecretario de Previsión Social, 2017, pp. 39-44.

22 ACKERMAN, M. E. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo, Riesgos del Trabajo, Obligaciones de Seguridad y Accidentes y Enfermedades Inculpables*, t. vi, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, p. 21.

y dan lugar a patologías que urgen controlar decididamente. El denominado compromiso social de las empresas se dirige a mantener a «raya» el número de accidentes en un centro laboral, de modo que se está más próximo a consagrar dicho compromiso de cuanto menos o nulos accidentes de trabajo se presenten en un centro laboral"[23].

El centro de trabajo debe adoptar las medidas correspondientes para anular o, en su defecto, minimizar los accidentes de trabajo a través de las acciones preventivas, con el objetivo de que sea un lugar seguro para el trabajador. Además, la seguridad en el trabajo no sólo se debe limitar a adoptar, por ejemplo, modificaciones del lugar en que se encuentran ciertos objetos peligrosos o la capacitación del uso de un medio de trabajo, sino que también debe implicar la implementación de medidas tendientes a anular o atenuar aquellos factores relacionados con las condiciones de trabajo, que puedan contribuir, directa o indirectamente, a generar un accidente de trabajo.

En ese sentido, es preciso indicar la dimensión de los aspectos psicosociales, pues como lo señala ORTIZ LÓPEZ: "Desde el ámbito laboral y la prevención de riesgos labora¬les, se deberá contemplar no únicamente el impacto de las condiciones de trabajo materiales en la salud física, sino también el impacto de las condiciones organizati¬vas en la salud mental y social de la totali¬dad de la población trabajadora. En con¬creto, desde la seguridad y salud en el trabajo, se deberán aumentar los es¬fuerzos en la prevención del deterioro o pérdida de la salud mental, así como en su promoción y protección"[24].

Así tenemos, por ejemplo que allí donde un trabajador haya sufrido un accidente de trabajo en la manipulación inadecuada de una máquina por falta de sueño, la recuperación de su salud no puede limitarse a la asistencia curativa y de habilitación que lo reincorporen al trabajo (búsqueda del bienestar físico y mental) sino que también debe incorporar evaluaciones y soluciones sobre aquellas condiciones de trabajo que puedan constituirse en factores determinantes de la existencia de la inseguridad en el trabajo (v.g. existencia de jornadas laborales extenuantes) y, en consecuencia, generadora de un accidente laboral, a partir de lo cual, se puede obtener una seguridad integral del trabajador.

Esto permite comprender que la seguridad en el trabajo no sólo abarca la protección contra los accidentes de trabajo sino también contra los riesgos psicosociales, ya que un ambiente inseguro no sólo puede verse desde el punto de vista tangible o como parte de un incidente súbito o brusco, sino como un ambiente proclive al desarrollo de comportamientos inseguros producto de las condiciones de trabajo que afectan la salud física, psíquica y social del trabajador y que se normalizan –vía regulación jurídica de la contratación, costumbre, poder de dirección del empleador, organización de la empresa, etc.– como conductas violentas que afectan profundamente la dignidad del trabajador.

---

23 GÓMEZ VALDEZ, F., *Derecho Previsional y de la Seguridad Social, Análisis Doctrinario, Jurisprudencial y Comparado*, Perú, Editorial San Marcos, 2012, p. 438.

24 ORTIZ LÓPEZ, M., "La salud mental desde la psicosociología laboral", *Revista del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo*, núm. 115, 2023, p. 70.

Por otro lado, un aspecto relevante a indicar es que, la seguridad en el trabajo opera sobre el análisis y evaluación de una base referencial: el incidente o riesgo aceptable, que –según LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ– es "aquél con una limitada posibilidad de que se actualice en accidente, con unas consecuencias poco importantes y una escasa frecuencia de repetición del riesgo o del tiempo de exposición por parte del trabajador"[25]; siendo que, cualquier evento, situación o contingencia generadora de inseguridad en el trabajo no representa por sí misma un accidente que deba ser encausado para su tratamiento en el Derecho de los Riesgos del Trabajo; por el contrario, tiene que analizarse sus características, forma de surgimiento e impacto biopsicosocial sobre el trabajador, para considerarlas como un factor o suceso determinante de un accidente de trabajo. Por ello, debe dimensionarse en su sentido real el incidente, en la medida de que dicha base referencial no sirva de eximente de responsabilidad del empleador por la falta de implementación de medidas de seguridad en el trabajo.

3.3. La salud en el trabajo

Para comprender lo que abarca la salud del trabajador y con ella evaluar su función de protección y promoción, debemos empezar citando al preámbulo de la Constitución de la OMS, que entró en vigor el 7 de abril de 1948, el cual define a la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"[26].

Sin embargo, esta concepción ha sido criticada desde diversas perspectivas: 1) desde el punto de vista teórico conceptual, se indica que dicha definición tiene un carácter general, ahistórico, se vincula a tesis desarrollistas y a explicaciones de tipo circulo vicioso y desconoce las enormes diferencias existentes en la sociedad actual, 2) desde el aspecto operativo, se advierte que los conceptos "bienestar físico" y "bienestar mental" representan categorías con dificultades para ser medibles, y aun así existiendo indicadores para medir aquellas dimensiones, dichos indicadores deben ajustarse a la realidad del objeto de estudio; y en lo referido al "bienestar social", esta carece de indicadores, 3) el esquema biopsicosocial aparenta una visión integradora, sin embargo, esconde un desconocimiento de las relaciones entre los componentes biológicos, mentales y sociales, yuxtaponiéndolos de forma subjetiva, aislada y sin ningún ordenamiento causal ni jerarquización, y, 4) la salud es definida como un fenómeno estático y separado de la enfermedad sin considerarse como unidad dialéctica en la que se les reconoce como dos momentos de un mismo fenómenos debido a su interrelación[27].

---

25 LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F., *Curso de Prevención de Riesgos Laborales*, *Op. cit.*, p. 23.

26 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Documentos Básicos*, 48ª. ed., Italia, OMS, 2014, p. 1.

27 ROJAS SORIANO, R., *Capitalismo y enfermedad*, México, Plaza y Valdés S.A. de C.V., 1999, pp.

Esto permite advertir la necesidad de comprender la definición de salud realizada por la OMS en un contexto específico de relaciones sociales de producción de tal forma que se especifique el desenvolvimiento y la interrelación de la afectación física, mental y social sobre trabajador y se comprenda con claridad las acciones y fuentes de los riesgos en su salud.

Por ejemplo, en el caso de un ambiente laboral donde se haya normalizado la ejecución de acciones degradantes contra la dignidad de los trabajadores, puede desencadenar en la proliferación de afectaciones graves a la salud mental del trabajador (depresión, ansiedad, estrés, deshumanización, etc.), y convertirse en un factor que coadyuve a la generación de enfermedades profesionales. Otro caso puede verse en la exposición a agentes biológicos del trabajador, quien, por ejemplo, sea sometido sin el respeto a las condiciones mínimas de contratación que exigen el uso de determinados implementos para laborar en ambientes con dichos agentes, donde el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato generaría responsabilidad patronal. Por ello, resulta importante comprender cómo interactúan los factores en que se contrata la fuerza de trabajo y cómo estos pueden convertirse en factores determinantes o coadyuvantes de la afectación al bienestar físico, mental y social del trabajador.

En ese sentido y recapitulando la definición de la OMS, ROJAS SORIANO indica la relación entre la salud y el trabajo en los siguientes términos: "En la definición de salud de la OMS se mencionan tres conceptos ("bienestar físico, bienestar mental y bienestar social"). Sin duda, para lograr dicho bienestar se requiere tener condiciones de empleo y de trabajo que permitan el desarrollo integral del ser humano en sus distintas facetas, así como el acceso a diversos satisfactores, por ejemplo: alimentación equilibrada, vivienda con los servicios básicos, transporte cómodo y seguro, ambiente físico salubre, entre otros"[28].

Esto implica que al establecer acciones contra los riesgos profesionales y garantizarse un estado de completo bienestar físico, mental y social, se debe analizar también aquellas condiciones de trabajo, los factores organizacionales, las relaciones entre empleador-trabajador, etc.; elementos que inciden en el bienestar físico, mental y social del trabajador. De esta forma se debe tener en cuenta el aspecto principal y accesorio del conflicto al momento de evaluar el estado de salud del trabajador; causas por las que, todos los factores vulnerados o amenazados del bienestar, deben ser atendidos.

Por ello, la salud del trabajador es un fenómeno que no se limita a los aspectos biológicos tangibles que afectan visiblemente al trabajador producto de su interacción con el objeto de trabajo (v.g. enfermedades profesionales) o los medios de trabajo

214-215.

28 ROJAS SORIANO, R., *Enfoque sociológico sobre la pandemia de Covid-19. Enigmas y desafíos a la ciencia*, México, Plaza y Valdés S.A. de C.V., 2021, pp. 26-27.

(v.g. accidentes de trabajo); sino que debe comprender las condiciones laborales (v.g. riesgos psicosociales). Es así que ROJAS SORIANO señala lo siguiente: "Tenemos que reconocer que la dimensión biológica es una realidad objetiva que debe tomarse en cuenta a fin de orientar una práctica médica adecuada y oportuna. Ignorar esto y disolver sin mayor reflexión los problemas concretos de la salud en lo social es caer en una posición dogmática que va en contra de una verdadera ciencia social crítica. Una vez que se resuelvan clínicamente los casos individuales en los que se presenta una enfermedad o accidente –o antes de que surja el daño a la salud- tenemos que considerar la dimensión social a fin de buscar las verdaderas causas por las que aparecen las enfermedades y accidentes. Esto implica descubrir cómo se organiza la sociedad para producir y reproducirse el proceso de trabajo; debemos, pues, analizar sus condiciones de empleo y su situación laboral así como su vida material en general. De esta forma, podremos proponer soluciones de fondo que superen la inmediatez de los paliativos que hoy en día ofrece la medicina curativa que domina en nuestras sociedades subdesarrolladas"[29].

Un enfoque de la salud bajo estas premisas permite abordar con integralidad los conflictos que se suscita en torno a ella. Además, la salud comprende a su contradicción: la enfermedad, pues, la salud resulta expresar la lucha constante del trabajador por encontrar en su centro de trabajo las condiciones que le permitan reafirmar su situación de integridad y no se vea afectado por algún riesgo profesional que lo incapacite, lo ausente de su trabajo o lo conmine a realizar un trabajo deficiente. Por ello, resulta importante comprender dicha visión, pues según ROJAS SORIANO: "(…) la salud no es un aspecto contrario a la enfermedad, sino que entre ambos procesos existe un vínculo dialéctico, por lo que la salud y la enfermedad no pueden verse aislados, separados, sino formando un *continuum*, donde se pasa de una situación (salud) a otra (enfermedad) a veces de manera imperceptible o rápida; asimismo, como lo demuestra la práctica, se puede estar enfermo clínicamente (tener un tumor incipiente, por ejemplo) y sentirse sano, o estar saludable según las variables fisiológicas medidas a través de análisis de laboratorio y gabinete y, a la vez, sentirse enfermo. Solamente con un pensamiento dialéctico puede comprenderse que la salud y la enfermedad forman un entramado complejo, cambiante, contradictorio, de conformidad con las características de los medios social y físico en los que trabajan y viven los individuos"[30].

Por lo tanto, el centro de trabajo debe ser un ámbito más donde el trabajador encuentre condiciones saludables y pueda enfrentar adecuadamente la enfermedad si es que esta se presenta; así, por un lado, los alimentos que consuma, la forma en que ejerza su labor, el clima laboral, la relación trabajador-empleador, entre otros factores, y por otro lado, el uso de determinadas maquinarias, la manipulación o exposición a

29 ROJAS SORIANO, R., *Crisis, salud-enfermedad y práctica médica*, *Op. cit.*, pp. 30-31.

30 ROJAS SORIANO, R., *Metodología en la calle, salud-enfermedad, política, cárcel, escuela…*, México, Plaza y Valdés S.A. de C.V., 2010, p. 127.

ciertas sustancias, el estado de los equipos de protección personal, la existencia de servicios de salud y profesionales adecuados, entre otros, deben atender a los requerimientos de la salud del trabajador que le permita obtener un soporte adecuado antes, durante y después de la enfermedad.

En esta perspectiva, la salud puede ser definida –siguiendo a ROJAS SORIANO– como "(…) la capacidad que tiene el individuo para desarrollar todas sus potencialidades físicas, intelectuales, artísticas y espirituales, según su contexto sociocultural y su ambiente físico, a fin de realizarse plenamente como ser humano y social"[31]. Por lo tanto, mediante la salud en el trabajo ya no solo se trata de procurar un estado de completo bienestar físico, mental y social ni simplemente evitar la ausencia de afecciones o enfermedades en el centro de trabajo, sino también de fomentar, potenciar y promover las aptitudes, perspectivas, potencialidades, aspiraciones, etc. del trabajador que le permita su realización plena y digna en el desarrollo de sus labores.

Sólo así, se puede comprender que, la salud en el centro de trabajo ya no sólo requiere programas o planes orientados a prevenir, proteger, promover y habilitar su salud sino que, además, deben hacerlo capaz de estar en condiciones de realizarse y obtener un desarrollo de todas sus potencialidades (físicas, intelectuales, psicológicas y sociales) a través de su quehacer laboral, haciendo que la relación laboral afirme la dignidad de su existencia ante los riesgos profesionales y le permita el desarrollo de su proyecto de vida laboral auténtico; todo lo cual se orientaría a la búsqueda de un estado de completo bienestar físico, mental y social del trabajador.

4. FUNCIONES DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

4.1. Función preventiva

4.1.1. Concepto y dimensión

Según ACKERMAN, con la expresión prevención de riesgos del trabajo "se hace referencia a las acciones, políticas y obligaciones de distintos sujetos cuyo objetivo es eliminar o evitar las situaciones laborales que supongan una amenaza a la salud de las personas que trabajan"[32].

Encontramos así que, la función preventiva de la seguridad y salud en el trabajo representa un objetivo de planificación a través del cual se prepara y (pre)dispone de planes, programas, acciones, políticas, directivas, lineamientos, etc. que permiten eliminar o evitar los eventos, situaciones o contingencias riesgosas para la seguridad y salud del trabajador.

---

31 ROJAS SORIANO, R., *Investigación-acción en el deporte, nutrición y salud. Un experimento con dieta vegetariana (vegana) 2008-2014*, México, Kanankil Editorial, 2015, pp. 36-37.

32 ACKERMAN, M. E. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo, Riesgos del Trabajo, Obligaciones de Seguridad y Accidentes y Enfermedades Inculpables*, t. vi, *Op. cit.*, p. 14.

Esto resulta fundamental ante el aprendizaje reactivo que es propio de sistemas en una fase primaria de la evolución de la seguridad y salud en el trabajo; pues, el conocimiento con antelación de las causas generadoras de los riesgos profesionales puede representar un factor determinante y una posición de ventaja para eliminar o atenuar los daños de los riesgos profesionales. Por ello, la función preventiva exige, tanto al empleador como al trabajador, identificar, evaluar y controlar los riesgos profesionales del entorno laboral de forma anticipada y planificada.

Esto permite advertir que las medidas preventivas inciden de forma multidimensional, pues –como lo señalan LÓPEZ GANDÍA y BLASCO LAHOZ[33]–, estas recaen en los siguientes ámbitos con sus respectivas medidas:

- Sobre el elemento humano: a) médicas: orientada al tratamiento médico del trabajador, identificando los agentes nocivos y evaluando su impacto, b) formativas: capacitaciones e instrucción, c) psicosociales: relacionadas con atención de las afectaciones a la salud de las condiciones de trabajo, la organización empresarial, la satisfacción laboral, el clima laboral, el estrés, síndrome de burnout (síndrome del quemado o agotamiento profesional) y otras formas en que se ejecutan las tareas.

- De carácter técnico: a) seguridad industrial: orientada al análisis y evaluación de los factores mecánicos de los instrumentos de trabajo, b) higiene: que se enfoca en el examen y evaluación de los riesgos biológicos, químicos o físicos que generen enfermedades profesionales, c) ergonomía: se orienta a adecuar el puesto del trabajo y diseñar el entorno laboral a la medida del trabajador y sus características, permitiéndole mayor comodidad.

- Sociales: relacionadas con las condiciones laborales, tales como el trabajo, el horario, el tipo de jornada, la cadencia y ritmos de trabajo, etc.

En este conjunto de dimensiones de las medidas preventiva y sus acciones, se encuentran expresadas las formas en que se desenvuelve la función de prevención en la seguridad y salud en el trabajo, la cual exige planificación, análisis y evaluación tendientes a proteger al trabajador de forma multidimensional o, de suscitarse un infortunio laboral, el conocimiento de las acciones asistenciales y rehabilitadoras con el objetivo atenuar la calamidad y velar por la recuperación integral del trabajador afectado.

De esta forma, los riesgos profesionales acaecidos en el centro de labores no son aprendidos ni conocidos directamente por el acaecimiento del infortunio laboral mismo, sino que requieren de un proceso planificado y anticipado por el que se adquiere conocimiento y conciencia de sus existencias a través de los planes, programas, acciones, políticas, directivas, lineamientos, etc., que cristalizan las acciones que los trabajadores y empleadores deben realizar para eliminar los infortunios

33 LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F., *Curso de Prevención de Riesgos Laborales*, *Op. cit.*, pp. 22-23.

laborales o, en caso de que estos sucedan, tener conocimiento sobre cómo proceder a abordarlos y atenderlos.

Esto determina que se relieve la "cultura preventiva" en el centro de labores como factor determinante de un ambiente laboral predispuesto a las acciones de planificación y evaluación constante de los riesgos profesionales; la cual debe permitir no sólo informar a todos los miembros de la comunidad laboral sobre las consecuencias negativas personales, familiares, económicas, laborales y sociales para la salud de los riesgos profesionales (aspecto negativo), sino que debe generar una actuación consciente de y en la elaboración, ejecución y supervisión de los planes, programas, acciones, políticas, directivas, lineamientos, etc.; que los lleve a interiorizar la razones objetivas de dicha elaboración, ejecución y supervisión así como del impacto positivo en las esferas personal, familiar y social de la obtención de un entorno seguro y saludable exento de riesgos profesionales; todo lo cual puede ir acompañado de estímulos externos (v.g. dinero, bonos, premios, etc.) que fomenten la participación activa y sincera en dichas acciones a todos los miembros de la comunidad laboral.

Es por ello que, un aspecto relevante de ello es la "participación democrática" en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, tanto en la parte de formulación como de ejecución de planes, programas, acciones, políticas, directivas, lineamientos, etc.; que permite tener un indicador del grado de consciencia, interiorización e identificación del trabajador con el éxito o fracaso de las medidas de prevención, protección, promoción y habilitación en la seguridad y salud en el trabajo al punto de que esto puede representar un factor propositivo que permita a los trabajadores un grado de "autocontrol" ante acciones riesgosas, "autoorganización" para la atención colectiva de los riesgos profesionales y "autoejecución" de las medidas preventivas destinadas al mejoramiento de la seguridad y salud en el trabajo.

Además de la participación democrática, la "negociación colectiva" puede convertirse en un aliado potente para la mejora continua del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, en general, y de la función preventiva (o inclusive de protección, promoción y habilitación), en particular, ya que aquel instrumento puede adelantarse a muchas situaciones que, por catástrofes, estado de emergencia nacional y/o sanitaria o situaciones no previstas en la legislación, esperan su regulación efectiva y real.

Al respecto RÍOS VELADA señala algunas medidas que pueden establecerse: 1) intervención del sindicato o delegados para promover, garantizar, controlar y fiscalizar las medidas implementadas de la seguridad y salud en el trabajo, 2) garantizar la actualización constante de los conocimientos sobre los riesgos laborales y estar atento a sus cambios continuos, 3) extender la cultura preventiva, 4) adaptar la protección de la seguridad y salud en el trabajo en los sectores de pequeñas empresas y a los sectores de trabajadores de plataformas digitales[34]. Así, la negociación colec-

34 RÍOS VELADA, A., "La negociación colectiva como instrumento para frenar los daños a la salud laboral derivados de la precariedad", *Lan Harremanak*, núm. 44, pp. 218-237.

tiva puede despertar el interés de la clase trabajadora y convertirse en un medio para cristalizar de forma efectiva la función preventiva de la seguridad y salud en el trabajo.

4.1.2. Causas y objetivos de su existencia

En primer lugar, es preciso señalar tres causas que de forma general, justifican la existencia de las acciones preventivas en el centro de trabajo, las cuales –según RENDÓN VÁSQUEZ– son: "1. El trabajador debe estar defendido contra los peligros que cree la actividad laboral en la que participa; los riesgos deben ser evitados o, si ello no es posible, reducidos al mínimo. Si la actividad es extremadamente riesgosa debe ser prohibida; 2. Los gastos en curación, rehabilitación y reorientación profesional son muy elevados, lo que obliga a aumentar las cotizaciones en forma proporcional a la mayor incidencia y frecuencia de los accidentes y las enfermedades profesionales; estos gastos pueden exceder los necesarios en medidas de prevención; 3. El impacto sobre la economía de las empresas y del país en su conjunto es muy grande por el número de horas-hombre perdidas a causa de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, no sólo por la incapacidad de la víctima, sino también por el tiempo perdido por los otros trabajadores en el centro de trabajo a causa del accidente y por el empleado en hacer atender a los afectados"[35].

Es así que, la función preventiva de la seguridad y salud en el trabajo encuentra su fundamentación en: 1) la necesidad del capital o la administración pública en maximizar el uso de la fuerza de trabajo en la producción o en la prestación de un servicio, 2) la necesidad de prevenir a la fuerza de trabajo de los riesgos profesionales para proteger su integridad en el desarrollo de su jornada laboral, y 3) en el ahorro de gastos económicos y horas-hombres que representa la curación, rehabilitación y sustitución de un trabajador por otro al sufrir un riesgo profesional.

Esta situación, determina que, según SKIBA, la prevención en la seguridad en el trabajo implique lo siguiente: "1. La prevención de accidentes debe incorporarse a la planificación de la producción con el objetivo de evitar las disfunciones. 2. El objetivo último es lograr un flujo productivo tan exento de obstáculos como sea posible. Su consecución no sólo mejora la fiabilidad y contribuye a la eliminación de defectos, sino que también favorece el bienestar de los trabajadores, los métodos de ahorro de trabajo y la seguridad en el trabajo"[36].

Tanto la planificación de un sistema preventivo de seguridad y salud en el trabajo para evitar disfunciones así como el flujo constante e ininterrumpido de la producción o los servicios públicos, representan objetivos vitales tanto para el capital

35 RENDÓN VÁSQUEZ, J., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ta. ed., Lima, Editor Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008, p. 242.

36 SKIBA, R., "Principios teóricos de la Seguridad en el trabajo". En Organización Internacional del Trabajo, *Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo*, 4ta. ed., España, OIT, 1998, pp. 56.34.

en su proceso de rentabilidad económica como para la administración pública en la prestación continua de los servicios ofrecidos a la población; pues, la falta de planificación de acciones preventivas así como la omisión de su integración en la estructura organizativa, pueden traer como consecuencia, costos económicos y sociales directos o indirectos con gran repercusión, por un lado, en el capital o el presupuesto de los empleadores, y por el otro, en la organización, articulación y movilización de la fuerza de trabajo para hacer efectiva dichas medidas; todo lo cual puede incidir en la rentabilidad, productividad y eficiencia de los bienes y servicios generados y brindados por dichos empleadores.

Es por ello que surge la necesidad de comprender que las acciones preventivas tengan en cuenta determinados objetivos, que pueden ser: 1) "económico", ya que permite la rentabilidad y continuidad del proceso productivo o servicio, 2) "social", porque genera un entorno laboral adecuado, cohesionando e integrando bajo un objetivo a los actores sociales (capital, trabajo y Estado), creando un ambiente y clima laboral propicio para una relación no antagónica entre el trabajador y los objetos, medios y condiciones de trabajo, 3) "cultural", ya que permite crear una actuación consciente sobre la necesidad de implementar acciones preventivas; asimismo, identifica al trabajador con las acciones preparatorias y medidas ejecutadas de la seguridad y salud en el trabajo, 4) "jurídico", pues, evita la responsabilidad del empleador por la posible afectación a la vida y salud del trabajador, a un entorno laboral adecuado y digno, la participación democrática en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, a la indemnidad de la fuerza de trabajo, al desarrollo personal, al proyecto de vida, etc. que son aspectos regulados en diverso instrumentos jurídicos normativos o materiales (v.g. costumbre) y nacionales o internacionales, sobre los que se asientan las medidas preventivas en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Explicados los objetivos fundamentales a los que se orientan las medidas preventivas de la seguridad y salud en el trabajo, es preciso señalar que estos no tienen como horizonte "únicamente" el ahorro de costos económicos y/o de continuidad del flujo productivo o prestación del servicio, sino también están previstos para potenciar las capacidades de los trabajadores y prepararlos para la acción preventiva y orientarlos hacia un actuar consciente en la planificación, análisis, evaluación y ejecución de medidas preventivas contra los riesgos profesionales; lo que exige atender a la particularidad de la situación de los trabajadores y su medio específico en el que se encuentran, como por ejemplo tener en cuenta la situación específica de las poblaciones vulnerables al momento de realizar determinadas medidas preventivas.

Una visión integral de las causas y sus objetivos que generan la función preventiva debe llevarnos a comprender que el trabajador no es un apéndice de la máquina, sino que como fuerza productiva, debe participar activa y conscientemente en la acción preventiva a fin de garantizar que sus objetivos redunden en su bienestar. Sólo así, puede existir una función preventiva integral de la seguridad y salud en el trabajo, para garantizar que el centro de trabajo sea realmente un ambiente seguro (física, psicológica y socialmente) y brinde bienestar al trabajador, lo que implica el análisis

de las causas y objetivos de las acciones preventivas, que deben complementarse con la movilización y participación consciente y efectiva de los trabajadores.

4.2. Función de protección

De forma general, se pude indicar que la función de protección de la seguridad y salud en el trabajo se encuentra relacionada con el resguardo y la defensa ante riesgo profesional que vulnere o amenace la integridad de la fuerza de trabajo. Es por ello que –según GÓMEZ VALDEZ–, dicho cuidado implica lo siguiente: "Al empleador le corresponde proteger la seguridad y salud de sus dependientes ("securitas omnia corrompit"); por lo tanto, al sobrevenir cambios en los procesos productivos, natural será que nuevas responsabilidades patronales se presenten incesantemente, aspecto que la historia del trabajo hace más de 120 años conoce y, al parecer, representa la manera cómo está diseñada la labor humana dependiente (en la actualidad: contaminación de todo tipo, stress, tabaquismo pasivo, etc.). Desde esta perspectiva, el empleador deberá devolver al trabajador sano y salvo, bajo las mismas condiciones como lo reclutó; puesto que, si alguna contingencia se ha producido en el trabajo o con sujeción del mismo, tendrá que responder por la responsabilidad patrimonial o extrapatrimonial habida y registrada, según sea el caso"[37].

La función de protección en la seguridad y salud en el trabajo se materializa en los planes, programas, acciones, políticas, directivas, lineamientos, etc., orientados a resguardar la integridad de la fuerza de trabajo o, en su defecto, protegerlo mediante los mecanismos indemnizatorios, asistenciales, psicológicos, simbólicos, etc.; todo lo cual no se limita a una responsabilidad producto de la relación contractual entre el empleador y el trabajador sino también incluye los deberes generales que tiene el empleador y de las condiciones objetivas de exposición, situación, relación o interacción del trabajador con los objetos, medios o las condiciones de trabajo.

A lo señalado cabe añadir que la función protectora contiene un imperativo que irradia más allá de la propia subjetividad del trabajador ante la vulneración o amenaza que representan los riesgos profesionales. Por ello MERMA ABAD afirma lo siguiente: "La normativa laboral al ser imperativa debe de proteger al trabajador, incluso contra su propia voluntad, el argumento de la libertad de trabajo de ambas partes debe ser desechado, pues esta libertad, en lo que corresponde al trabajador, es más aparente que real, ya que el trabajador apremiado por la necesidad urgente de ganarse el sustento diario para él y para su familia, se halla en condiciones económicas inferiores que le privan de la libre determinación frente al patrono a cuyo servicio se encuentra"[38].

---

37 GÓMEZ VALDEZ, F., *Derecho del trabajo, Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, Análisis Secuencial y Doctrinario*, 6ta. Reimpr., Perú, Editorial San Marcos, 2013, p. 121.

38 MERMA ABAD, G., "Fundamentos Jurídicos del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo: Hacia Un Sistema Protector", *Op. cit.*, p. 298.

Es así que, se puede entender que la función protectora de la integridad de la fuerza de trabajo no sólo adopta una forma personalísima ni únicamente se orienta a la colectividad expuesta al riesgo profesional, sino que también adquiere un carácter estructural, esto es, que reconoce condiciones objetivas que amenazan o vulneran la seguridad y salud en el trabajo sobre la que no cabe una impugnación subjetiva incluso del propio trabajador, con lo cual se busca compensar aquella situación de desprotección estructural en la que se encuentra ante el capital o el Estado, pues la responsabilidad de la planificación, organización, ejecución, supervisión y control de la seguridad y salud en el trabajo no puede recaer sobre el trabajador, quien como átomo en el proceso productivo no se encuentra en condiciones económicas ni sociales de afrontar la totalidad de ámbitos (ergonomía, medicina del trabajo, psicología del trabajo, higiene ocupacional, etc.) que implican el despliegue de la seguridad y salud en el trabajo o los riesgos profesionales; todo lo cual termina siendo responsabilidad absoluta del empleador por su posición de dueño de los de medios de producción o titular de la prestación de servicios en la administración pública.

Este aspecto permite comprender que la función de protección en la seguridad y salud en el trabajo busca atenuar la abismal diferencia estructural (que se agudiza por la introducción de una diversidad de áreas de las ciencias sociales y naturales) que se aglutinan en torno a la cuestión social traída por los riesgos profesionales, de tal forma que el empleador es responsable de proteger la integridad (física, psicológica y social) de la fuerza de trabajo debido a su posición organizativa y económica dominante en el desarrollo del proceso productivo o la prestación del servicio

4.3. Función de promoción

Con la Carta de Ottawa de 1986[39] y la definición establecida por la Declaración de Luxemburgo de 1997[40] se ha deconstruido el paradigma médico sobre el significado de la salud, a partir de los cual, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (en adelante, INSHT), señala que la promoción de la salud en el trabajo puede ser definida como: "(…) Un proceso político y social global que incluye tanto las acciones dirigidas a fortalecer las habilida¬des y capacidades de los individuos como a modificar las condiciones sociales, ambientales y económicas. Es, además,

39 Esta carta indica lo siguiente: "La Promoción de la Salud en el Lugar de Trabajo (PST) es aunar los esfuerzos de los empresarios, los trabajadores y la sociedad para mejorar la salud y el bienestar de las personas en el lugar de trabajo. Esto se puede conseguir: 1) mejorando la organización y las condiciones de trabajo, 2) promoviendo la participación activa, y 3) fomentando el desarrollo individual."

40 Este documento señala: "La promoción de la salud consiste en proporcionar a los pueblos los medios necesarios para mejorar su salud y ejercer un mayor control sobre la misma. Para alcanzar un estado adecuado de bienestar físico, mental y social un individuo o grupo debe ser capaz de identificar y realizar sus aspiraciones, de satisfacer sus necesidades y de cambiar o adaptarse al medio ambiente. La salud se percibe pues, no como el objetivo, sino como la fuente de riqueza de la vida cotidiana. Se trata por tanto de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales así como las aptitudes físicas. Por consiguiente, dado que el concepto de salud como bienestar trasciende la idea de formas de vida sanas, la promoción de la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario".

un tipo de actuación que refuerza los determinantes positivos de salud, permite que nos anticipemos a los continuos cambios derivados del nuevo marco productivo y se basa en el compromiso de la dirección y la participación de los trabajadores"[41].

Entonces, la promoción de la salud en el trabajo puede entenderse como aquellas acciones orientadas a impulsar el desarrollo de condiciones económicas, sociales, culturales, ambientales, etc. que permitan potenciar, reforzar y favorecer los factores que inciden en un estado de bienestar biopsicosocial de los trabajadores, así como la participación democrática en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo.

En ese marco, la función de promoción en el trabajo busca construir y/ repotenciar un ambiente laboral seguro y digno donde todos los actores se comprometan a la realización de acciones, búsqueda de soluciones, planificación de programas y otros similares que impulsen el desarrollo de todos aquellos factores que inciden de forma positiva en la seguridad y salud de los trabajadores y otras personas que, por sus interacciones con los trabajadores o el centro laboral, se encuentran expuestas a los factores de riesgos profesionales.

Además de ello, la función de promoción implica un despliegue de un conjunto de estrategias orientadas a revalorar la seguridad y salud en el trabajo, pues, como señala el INSHT: "Estas estrategias no se limitan a un problema concreto, sino que ofrecen a las personas y colectivos los recursos necesarios para que puedan controlar y mejorar su salud. Persiguen aunar los esfuerzos de los empresarios, los trabajadores y la sociedad para mejorar la salud y el bienestar de las personas en el lugar de trabajo. Una promoción de la salud efectiva repercutirá tanto en la salud de las personas como en la de las organizaciones y consecuentemente en la eficiencia del trabajo y en la propia competitividad. La promoción de la salud representa el verdadero carácter preventivo que debe prevalecer frente al reactivo o reparador"[42].

La clave, en todo caso, está en que la función de promoción de la seguridad y salud en el trabajo lleve no sólo al impulso de las buenas prácticas realizadas al interior de la entidad o empresa para crear un ambiente seguro, sino también de proveer de medios organizativo y económicos para que los empleadores y trabajadores (incluyendo, en general, a la comunidad) puedan ejercer un control consciente sobre las condiciones de su bienestar biopsicosocial, de tal forma que la función de promoción transforme a la seguridad y salud en el trabajo en un sistema activo encargado de reconducir, profundizar y ejecutar las iniciativas y propuestas de mejora continua teniendo en cuenta los constantes cambios tecnológicos introducidos en el proceso productivo que pueden servir para maximizar la salud del trabajador.

---

41 INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, *Fundamentos para la prevención de riesgos laborales*, *Op. cit.*, p. 280

42 INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, *Fundamentos para la prevención de riesgos laborales*, *Op. cit.*, p. 10.

Para conseguir todo ello, resulta importante impulsar, establecer, desarrollar y consolidar evaluaciones iniciales, planes, programas, sistemas de gestión, registros de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, servicios de salud, guías, directivas, lineamientos, reglamentos, etc. donde participen los trabajadores de forma consciente y activa, así como diversos medios que recepcionen sus iniciativas.

Al respecto, WARSHAW y MESSITE[43] señalan algunas medidas que se pueden adoptar en el centro de trabajo para promover la mejora de la salud y bienestar de los trabajadores, las cuales son:

- Integración de los programas de protección y promoción de la salud en las iniciativas de las organizaciones encaminadas a controlar las enfermedades y accidentes profesionales.
- Modificación de la estructura de los puestos de trabajo y de su entorno, de forma que sean menos peligrosos y estresantes.
- Adopción de programas financiados por las empresas o los sindicatos y diseñados para que los trabajadores puedan afrontar con mayor eficacia las cargas personales o familiares que perjudiquen su bienestar o su actuación en el trabajo (p. ej., modificación de horarios de trabajo y dotación de prestaciones de asistencia financiera y adopción de programas que aborden el abuso de alcohol y drogas, los embarazos, la atención a la infancia, a los ancianos y a los discapacitados, las dificultades conyugales y la planificación de la jubilación).

De esta forma, la función de promoción puede verse en la incrustación de los sistemas de gestión en las iniciativas de las organizaciones sindicales, alteraciones a las condiciones de trabajo y la proliferación de programas que ayuden a los trabajadores a atenuar su situación económica y social; todo ello con el objetivo de construir y consolidar un ambiente y conciencia preocupada por la seguridad y salud en el trabajo tanto por las organizaciones sindicales como por el trabajador y puedan encontrar en el centro de trabajo un espacio seguro de sus iniciativas.

Por todo lo señalado, es posible advertir que la función de promoción tiene diversos alcances: "social", porque protege a los ciudadanos, en general, y los trabajadores, en particular de los siniestros, los riesgos laborales y de sus consecuencias, brindándoles un ambiente social de interacciones donde se promueva el respeto mutuo, ambiente de paz y de integración; "económico", pues ahorra costos provenientes de futuros accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y riesgos psicosociales, así como horas/hombres, otorgando a los trabajadores la posibilidad de ahorro de recursos económicos para ser destinados a mejorar su estado biopsicosocial; "laboral", porque promueve un ambiente equilibrado y prepara a la organización laboral para acciones de mejora y de control consciente sobre sus actos de seguridad y bienestar,

43 WARSHAW, L. J. y MESSITE, J., "Protección y promoción de la salud: visión general". En Organización Internacional del Trabajo, *Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo,* 4ta. ed., España, OIT, 1998, p. 15.2.

permitiendo la germinación de proyectos de vida laborales que reflejen la realización real de cada trabajador y su identificación efectiva con su quehacer en el centro de trabajo; "cultural", debido a que cohesiona e integra a los trabajadores y permite dotar de las herramientas elementales y sofisticadas para adoptar comportamientos que refuercen, promuevan y feliciten las acciones positivas con una participación activa y consciente, creando un ambiente de apoyo mutuo y solidaridad con perspectiva colectiva.

4.4. Función de habilitación

La función habilitadora en la seguridad y salud en el trabajo, según FIELDING, implica lo siguiente: "La salud es una función habilitadora, es decir, permite a las personas alcanzar otras metas, incluida una actuación acertada en el cumplimiento de sus funciones profesionales. Las empresas desean optimizar la salud debido a la vinculación de ésta con la productividad en el trabajo, tanto cuantitativa como cualitativa. Por tanto, reducir la aparición (incidencia) y la existencia (prevalencia) de enfermedades que conllevan absentismo, incapacidad o trabajo deficiente constituye un objetivo prioritario que justifica una inversión considerable. Las organizaciones de trabajadores, creadas para elevar el bienestar de sus miembros, también tienen un interés intrínseco en patrocinar programas que pueden mejorar el estado de salud y la calidad de vida"[44].

Bajo estas premisas, la función habilitadora de la seguridad y salud en el trabajo permite convertir el centro de trabajo en un ambiente capaz de dotar al trabajador de aptitudes y destrezas para alcanzar su proyecto de vida, de tal forma que esta predisposición hacia dicho objetivo importa un comportamiento cada vez más unificador y de identificación con su labor desarrollada, contribuyendo decididamente en el desenvolvimiento más óptimo de las tareas asignadas.

La lucha por las mejoras de las condiciones de trabajo y la calidad de vida que determinen la existencia o no de los riesgos profesionales (que por lo general es la tarea de un sindicato), implica luchar contra los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y riesgos psicosociales que priven, frustren, menoscaben o retarden el bienestar del trabajador y la realización de su proyecto de vida. El trabajo, solo así, representa un medio de realización y dignificación que robustece la seguridad y salud en el trabajo frente a los riesgos profesionales.

En consecuencia, la función habilitadora de la seguridad y salud en el trabajo, permite reforzar el sistema de gestión a partir del mejoramiento situacional de la vida del trabajador, a quien se le hace apto y/o capaz de desencadenar la totalidad de sus potencialidades, sea a través de una mejora de su posición económica y laboral, en su centro de labores; o familiar y social, mediante políticas de cohesión e integración

---

44 FIELDING, J. E., "Promoción de la salud en el lugar de trabajo". En Organización Internacional del Trabajo: *Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo*, 4ta. ed., España, OIT, 1998, p. 15.9.

colectiva y comunitaria. Un trabajador bajo esas circunstancias puede tener una mejor y mayor predisposición para combatir los riesgos profesionales y alinearse a los objetivos de la productividad económica y/o la calidad en la prestación de los servicios.

5. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR ANTE LA SEGURIDAD Y SALUD DEL TRABAJADOR

5.1. Dimensión de las obligaciones: obligación del empleador y derecho del trabajador

La seguridad y salud en el trabajo se moviliza en torno a la integridad de la fuerza de trabajo, generando obligaciones al empleador sobre la prevención, protección, promoción y habilitación de la fuerza de trabajo al ser empleada durante la jornada laboral. Es por ello que, la obligación del empleador, a decir de ROMERO MONTES, se manifiesta de la siguiente manera: "Cuando un trabajador presta servicios subordinados en beneficio de un empleador, su obligación es trabajar de acuerdo al contrato laboral y según el principio de buena fe. Por su parte, el principal, además de la remuneración que debe abonar, es deudor de la seguridad. En tal sentido, tanto la doctrina como la Ley le encomiendan los cuidados pertinentes para evitar que la salud o integridad física y mental del asalariado sufran perjuicios como consecuencia de la prestación de servicios, las materias primas empleadas, o del medio ambiente donde el trabajador labora. Estos cuidados, relacionados con la seguridad del trabajador, tienen que ver con las medidas preventivas para evitar que los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales se produzcan, o de producirse los mismos, el empleador está obligado a la reparación de los daños y perjuicios"[45].

En tal sentido, se establece la obligación y deber del empleador de velar por la integridad del trabajador, mientras que el trabajador debe cumplir con el desarrollo de sus actividades en la forma y modo por la que fue contratado y gozar de su integridad para desarrollarlo; en tal planteamiento se pueden establecer los siguientes elementos: la "obligación (o deber o deuda) de seguridad" evoca un conjunto de acciones exigibles al empleador para tutelar la integridad psicofísica de cada uno de los trabajadores que dependen de él, cuyo deber de conducta implica la protección de la persona y la capacidad laboral del trabajador como ejes inseparables; surgiendo así también el "derecho subjetivo de acreencia" (cuyo origen puede ser contractual o reconocido legalmente) para el trabajador, cuyo sujeto obligado a satisfacerlo no puede ser otro que la contraparte del vínculo jurídico en el que tiene su origen, esto es, su empleador[46].

---

45 ROMERO MONTES, F. J., "Riesgos Profesionales y Responsabilidad de la empresa", Revista Jurídica "Docentia et investigatio" de la Facultad de Derecho de la UNMSM, vol. 8, núm. 2, 2006, p. 22.

46 ACKERMAN, M. E. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo, Riesgos del Trabajo, Obligaciones de*

De esta forma, se genera una relación indisoluble con dos características: por un lado, la obligación de seguridad y salud del empleador (privado o público) en la ejecución de las acciones exigibles por las normas jurídicas, contractuales, profesionales, etc.; y por otro lado, el derecho de acreencia de la integridad de la fuerza de trabajo cuyo origen puede ser jurídico o relacional. Además, la responsabilidad del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo no se agota en el incumplimiento de determinadas obligaciones contractuales, legales, profesionales, etc., sino que implica el análisis de las condiciones objetivas a las que el trabajador ha sido sometido, producto de su exposición, situación, relación o interacción con los objetos, medios o las condiciones de trabajo; pues dichas condiciones son más cambiantes y pueden reflejar situaciones no contempladas en las obligaciones normativas; de ahí que es preciso incluirlas en la responsabilidad del empleador en proveer de seguridad y salud al trabajador.

Esto explica la necesidad de erigir en requerimiento social la debida protección jurídica de la seguridad y salud del trabajador, integrándolo y desarrollándolo como el núcleo de los planes, programas, acciones, políticas, directivas, lineamientos, etc. con el objetivo de prevenir, proteger, promover y habilitar condiciones adecuadas que permitan al trabajador tener un centro laboral seguro o, en su defecto, ser atendido hasta su recuperación total. Este núcleo sobre el que se erige todas las formas jurídicas que regulan la exposición, situación, relación o interacción del trabajador con los objetos, medios o las condiciones de trabajo, adquiere así una fuerza centrípeta que alinea todo el armazón de la seguridad y salud a favor de la integridad de la fuerza de trabajo.

Es así que, los conflictos que se susciten en torno a la seguridad y salud del trabajador traen consigo un conjunto de obligaciones que, para el Derecho de los Riesgos del Trabajo, adquiere una importancia crucial, pues a partir de aquellas obligaciones se establecen instituciones, principios, criterios, procedimientos, sistemas, lineamientos, directivas, etc.; para encauzar los conflictos por el incumplimiento de las normas que previenen, protegen, promueven y habilitan la seguridad y salud del trabajador.

En ese sentido, cuando el objeto sobre la que se erige la seguridad y salud del trabajo: integridad de la fuerza de trabajo, es amenazado o vulnerado debido a la falta de implementación de mecanismos de prevención, protección, promoción o habilitación de la vida y seguridad del trabajador; se erige la responsabilidad del empleador ante las consecuencias que sufra el trabajador; por ello –según MERMA ABAD–: "Para el empleador, se ha establecido jurídicamente que la seguridad y salud en el trabajo exige un conjunto de actuaciones en el seno de las organizaciones productivas que se deben integrar plenamente en el conjunto de sus actuaciones y decisiones, tanto en los procesos técnicos, en la organización del trabajo y en las condiciones en que éste se preste, encabezada y liderada por él mismo. Es decir, se impone al empresario un deber de integrar la prevención de los riesgos laborales dentro de

Seguridad y Accidentes y Enfermedades Inculpables, *Op. cit.*, pp. 48-50.

la gestión global de la organización y gestión de la empresa, lo cual se materializa como primera base con la obligación de elaborar un adecuado Sistema de Gestión de Seguridad y Salud, como objetivo central de prevenir, aminorar o eliminar los riesgos en el trabajo"[47].

Es importante advertir que las actuaciones y decisiones del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo se entroncan con procesos técnicos, administrativos, organizativos y de condiciones económicos-sociales, los cuales pueden recaer, principalmente, sobre: 1) el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo, 2) los registros obligatorios relativos a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, 3) planes, programas o estudio de línea base (evaluación inicial de la seguridad y salud en el trabajo) sobre seguridad y salud en el trabajo, 4) comité de seguridad y salud en el trabajo o, en su defecto, supervisor, y, 5) guías, directivas, lineamientos o reglamentos para el estudio, elaboración o implementación de la seguridad y salud en el trabajo.

En todos estos instrumentos formales yacen el conjunto de obligaciones del empleador a través de verbos rectores como: implementar, desarrollar, dirigir, respetar, etc., pues cada una refleja las condiciones y/o estándares en el que se ejerce el proceso productivo, la prestación de los servicios, el uso de los medios de trabajo, la interacción con el objeto de trabajo, la forma de contratación de la fuerza de trabajo, etc. A ello hay que añadir los instrumentos profesionales o materiales que también permiten deducir las obligaciones del empleador a partir de la propia naturaleza de la actividad, de los acuerdos pactados colectivamente u otras fuentes que se originan en la relación trabajo-capital o trabajo-Estado.

5.2. Dimensión de la responsabilidad: responsabilidad objetiva del empleador

La responsabilidad del empleador se expresa como un criterio objetivo de su posición en el control del sistema de seguridad y salud en la empresa o entidad, de ahí que, a decir de ROMERO MONTES: "La protección que actualmente se ofrece al trabajador, ha sido el resultado de una serie de acontecimientos que, por su creciente importancia social, ha obligado a la empresa a procurar mayor responsabilidad en las condiciones de trabajo que otorga a quienes están a su servicio. Por esta consideración, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de todos los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con la prestación laboral. De ahí que la mayor parte de los regímenes de protección de las contingencias profesionales continúan fundamentándose sobre el principio de la responsabilidad del empresario, de modo que es el que debe procurar la cobertura de los riesgos de los trabajadores"[48].

---

47 MERMA ABAD, G., "Fundamentos Jurídicos del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo: Hacia Un Sistema Protector", *Op. cit.*, p. 296.

48 ROMERO MONTES, F. J., "Riesgos Profesionales y Responsabilidad de la empresa", *Op. cit.*, p. 22.

Bajo el principio de responsabilidad del empleador, se busca dar prevalencia a la obligación que asume por implementar la totalidad de mecanismos, sistemas, servicios, etc. que implica la seguridad y salud en el trabajo, de tal forma que las consecuencias económicas, sociales, culturales, jurídicas, etc. deberán ser atribuidos al empleador. Esto se debe a su posición dentro del proceso productivo o titularidad de la prestación de servicios, la cual le exige tener un grado de control sobre la dirección, organización, administración e implementación del sistema de seguridad y salud en el trabajo.

De ahí que, el incumplimiento en la implementación de medidas que atiendan integralmente la seguridad y salud del trabajador, genera la responsabilidad del empleador por el incumplimiento de su obligación y a su vez, activa el derecho del trabajador a impulsar acciones (administrativas, judiciales o colectivas) para que sean implementadas de forma efectiva al punto de que las directivas, políticas, instituciones, sistemas, servicios de salud, entre otros, sean evaluados, implementados, fiscalizados, controlados y verificados por las autoridades judiciales o administrativa hasta garantizar su real efectividad y cobertura.

Bajo el principio de responsabilidad patronal, el incumplimiento de la empresa o entidad no puede ser eximida por actuaciones y/o problemas de seguridad y/o salud atribuidas al trabajador, ya que muchas de estas situaciones reflejan la condición objetiva al que la fuerza de trabajo está sometida al proceso productivo o prestación de servicios; siendo que las relaciones entre el trabajador y sus medios, objetos y condiciones laborales son conflictivas y pueden representar un factor determinante del origen de los riesgos profesionales.

Al respecto, WARSHAW y MESSITE señalan que: "(…) la consideración en el lugar de trabajo de la responsabilidad de las personas respecto a sus propios problemas de salud tiende a ocultar la responsabilidad de las empresas respecto a los factores de la estructura del empleo y del ambiente de trabajo que pueden poner en peligro la salud y el bienestar. Quizá un ejemplo clásico sea el de la organización que ofrece cursos de gestión del estrés para enseñar a sus trabajadores a afrontarlo con mayor eficacia, pero no analiza ni corrige las características del lugar de trabajo que generan estrés innecesariamente. Debe reconocerse que los peligros presentes en el lugar de trabajo pueden no sólo afectar a los trabajadores y a sus familias por extensión, sino también acelerar y agravar problemas de salud generados fuera del puesto de trabajo. El respeto al concepto de responsabilidad individual en materia de salud debe matizarse por la comprensión de que los factores propios del lugar de trabajo de los que la empresa es responsable también pueden influir en cuestiones referentes a la salud"[49].

Esta responsabilidad va más allá de la culpa que pueda ser atribuido a la conducta personal del trabajador, pues, los riesgos profesionales adquieren un carácter objetivo

49 WARSHAW, L. J. y MESSITE, J., "Protección y promoción de la salud: visión general", *Op. cit.*, pp. 15.6-15.7.

que no depende de la subjetividad del trabajador sino de las condiciones objetivas de su exposición, situación, relación o interacción con los objetos, medios o las condiciones de trabajo, situación que se advierte con mayor claridad si las acciones de prevención, protección, promoción y habilitación requieren cierto grado de planificación y actuaciones deliberadas expresadas en planes, programas, acciones, políticas, directivas, lineamientos, etc. que impactan la forma de organización de la seguridad y salud en el trabajo.

Es por ello que la responsabilidad del empleador en la ejecución de los planes para mantener en buen recaudo al trabajador y garantizar las condiciones para su integridad le exigen adquirir una conciencia sobre los factores que afecten a la vida y salud del trabajador. Aun así, si existiera alguna actuación individual que pueda originar algún riesgo en el trabajo, esta debe ser confrontada con los factores que, directa o indirectamente, influyen en el comportamiento del trabajador, pues, de lo que se trata es de afrontar un riesgo profesional que tiene ocasión en el transcurso del uso de la fuerza de trabajo y de ofrecer una respuesta adecuada e idónea de las causas objetivas y estructurales del infortunio laboral.

6. CONCLUSIONES

La seguridad y salud en el trabajo ha sufrido grandes transformaciones que exigen un replanteamiento crítico sobre sus principales instituciones, principios, criterios, etc. con el objetivo de establecer mecanismos de protección integral de la fuerza de trabajo ante los riesgos profesionales que surgen en nuestra época, lo cual exige no perder de vista la dimensión biopsicosocial del trabajador así como los conflictos que surgen de ella.

El Derecho de los Riesgos del Trabajo representa una ámbito de encausamiento de la cuestión social suscitada, principalmente, por los conflictos generados por la exposición, situación, relación o interacción del trabajador con los objetos, medios o las condiciones de trabajo; que pueden expresarse en los riesgos profesionales tales como los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y riesgos psicosociales, erigiéndose sobre estas un conjunto de instituciones, principios, obligaciones, derechos, sistemas, lineamientos, directivas, criterios, etc. orientadas a proteger integralmente al trabajador ante los conflictos de nuestra época.

Es así que, el papel del empleador en la administración y control de los principales mecanismos de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, es la de convertir el centro de trabajo en un espacio donde se proteja la integridad de la fuerza de trabajo, para lo cual debe apelar a fórmulas creativas, institucionales y poco convencionales que permita eliminar o reducir los riesgos profesionales al ritmo de los grandes cambios económicos, tecnológicos y sociales, así como generar un ambiente seguro y saludable donde convivan armónicamente la comunidad, el trabajador y el

proceso productivo o servicio público. El Estado, cumple un papel importante en la articulación de todos los esfuerzos para integrar, simplificar, sistematizar y articular los mecanismos de protección brindados tanto por la seguridad y salud en el trabajo como por las actuaciones de los privados (v.g. a través de los convenios colectivos) para establecer mejores y mayores fórmulas de protección que contemplen la participación democrática real de los trabajadores y el desenvolvimiento de una cultura preventiva en la sociedad.

En lo referido al análisis de los componentes de la seguridad y salud en el trabajo, este permite comprender que, la seguridad en el trabajo está relacionada con medidas relativas a evitar accidentes de trabajo; mientras que la salud en el trabajo se perfila como mecanismo anulador o atenuante de las enfermedades profesionales; siendo que tanto en el objetivo de buscar un ambiente libre y seguro de riesgos profesionales, así como en la protección biopsicosocial en el marco de las relaciones capitalistas de producción, se debe buscar atender a los riesgos psicosociales para otorgar una protección amplia al trabajador en su centro laboral.

Con ello, se puede comprender que los retos de la seguridad y salud en el trabajo desbordan el foco de atención únicamente sobre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales para orientarse hacia la protección ante los riesgos psicosociales con el objetivo de establecer una protección cada vez más integral de la fuerza de trabajo, de tal forma que se establezca en los empleadores la responsabilidad de modificar sus prácticas en torno a las condiciones laborales a la que se encuentra expuesto el trabajador y brindarle las condiciones necesarias para su bienestar físico, psicológico y social. El Estado tiene la obligación de desenvolver políticas sociales y una normativa que proteja dichos ámbitos, con énfasis en la salud mental no sólo de los trabajadores sino de la sociedad en su conjunto.

Por otro lado, la seguridad y salud en el trabajo desenvuelve determinadas funciones, las cuales son: 1) "de prevención", que se ocupa de la planificación y de la implementación de medidas para anticipar los riesgos profesionales, 2) "de protección", con la cual se busca proteger la integridad de la fuerza de trabajo o, en su defecto, establecer mecanismos resarcitorios y/o reparadores; 3) "de promoción", que se propone convertir a la seguridad y salud en un sistema activo, donde se integra a la comunidad laboral y se busca su participación activa y consciente, y 4) "de habilitación", orientado al mejoramiento de las condiciones de existencia del trabajador en su centro laboral que permita el desarrollo de su proyecto de vida.

Esto señala un nuevo camino para los empleadores: desarrollar, garantizar y promover políticas de seguridad y salud en el trabajo de forma activa, planificar sus decisiones y anticiparse a los nuevos requerimientos de la protección de la fuerza de trabajo en materia de seguridad y salud en el trabajo. Esta nueva actitud debe orientarse a cumplir las cuatro funciones antes señaladas, generando un ambiente de participación real y sincera, así como de integración, donde se consiga una actuación conciente –tanto en la elaboración, supervisión y ejecución de las medidas–,

por todos los sectores participantes de la seguridad y salud en el trabajo (capital, trabajo y Estado), de tal forma que se consiga un grado de "autocontrol", "autoorganización" y "autoejecución" de las medidas adoptadas y planificadas.

Además, se debe señalar que la responsabilidad del empleador ante los riesgos profesionales se dimensionan, en "primer lugar", desde una relación con dos características: como obligación del empleador en garantizar la seguridad y salud en el trabajo, y como derecho del trabajador, por ser acreedor (jurídico y relacional) de la integridad de su fuerza de trabajo. En "segundo lugar", la responsabilidad del empleador importa un carácter objetivo proveniente de la exposición, situación, relación o interacción del trabajador con los objetos, medios o las condiciones de trabajo. Ambos aspectos buscan atenuar la desigualdad estructural expresada en el papel del empleador en la organización, dirección y ejecución de la seguridad y salud en el trabajo, así como garantizar una protección integral de la fuerza de trabajo.

Así, es preciso advertir que, en las condiciones actuales de nuestra época, la responsabilidad patronal tiende a su configuración objetiva, de tal forma que la responsabilidad sobre los riesgos profesionales ya no pasa tanto por demostrar que el daño sea consecuencia de la labor desempeñada o el incumplimiento de alguna normativas de la seguridad y salud en el trabajo, sino que dicha responsabilidad está más en función del análisis e interpretación de los daños ocasionados por la exposición, situación, relación o interacción del trabajador con los objetos, medios o las condiciones de trabajo, lo cual permite esbozar una concepción más social y crítica, orientada a la protección integral de la fuerza de trabajo, la cual puede abrir un horizonte donde la seguridad social también intervenga y maximice dicha protección.

7. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, M. E. (dir.), T*ratado de Derecho del Trabajo, Riesgos del Trabajo, Obligaciones de Seguridad y Accidentes y Enfermedades Inculpables*, t. vi, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.

CABANELLAS, G., *Derecho de los riesgos del trabajo*, Argentina, Bibliográfica Omeba, 1968.

CARTA DE OTTAWA, 1986, (https://www.ucm.es/delegacion-cultura-preventiva/file/cartaottawa?ver, consulta: 10/5/2024).

DE DIEGO, J. A., *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 5ta. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002.

DECLARACIÓN DE LUXEMBURGO, 1997, (https://www.insst.es/documents/94886/581928/Declaraci%C3%B3n+de+Luxemburgo/29425288-11f4-4830-84df-b533da2c9f14, consulta: 14/5/2024).

FIELDING, J. E., "Promoción de la salud en el lugar de trabajo". En *Organización*

Internacional del Trabajo, Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo, 4ta. ed., España, OIT, 1998, pp. 15.9-15.13.

GRIMALDI, J.V. y SIMONDS, R. H., *Manual de Seguridad Industrial y Métodos de Trabajo, t. I*, México, Ediciones Alfaomega, 1991.

GÓMEZ VALDEZ, F., *Derecho Previsional y de la Seguridad Social, Análisis Doctrinario, Jurisprudencial y Comparado*, Perú, Editorial San Marcos, 2012.

GÓMEZ VALDEZ, F., *Derecho del trabajo, Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, Análisis Secuencial y Doctrinario*, 6ta. Reimpr., Perú, Editorial San Marcos, 2013.

GÓMEZ VALDEZ, F., *Derecho del trabajo Individual, Relaciones Individuales de trabajo*, 4ta. Ed., Perú, Editorial San Marcos, 2015.

GÓMEZ VALDEZ, F., *Contrato de Trabajo, t. II*, Perú, ADRUS D&L Editores S.A.C., 2016.

INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, *Fundamentos para la prevención de riesgos laborales, Barcelona*, INSHT, 2017.

LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F., *Curso de Prevención de Riesgos Laborales*, 21va. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

MARINI, R. M., *Dialéctica de la dependencia*, 5ª ed., México, Ediciones Era S.A., 1981.

MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L., "El futuro de la seguridad y salud en el trabajo: perspectiva política y normativa", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol.8, núm. 1, enero-marzo, 2020, pp. 121-151.

MARX, K., *El capital. Libro Primero: el proceso de producción del capital*, t. I, vol. 1, México, Siglo XXI Editores, 2008.

MERMA ABAD, G., "Fundamentos Jurídicos del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo: Hacia Un Sistema Protector", *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social: Dr. José Matías Manzanilla*, núm. 6, año VI, 2019, pp. 288-306.

NEFFA, J. C., *Los riesgos psicosociales en el trabajo: contribución a su estudio*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CEIL-CONICET, 2015.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Frente a la pandemia: garantizar la seguridad y salud en el trabajo*, Ginebra, OIT, 2020.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, T*rabajo decente: memoria del Director General*. Conferencia Internacional del trabajo, 87ª Reunión, Ginebra, OIT, 1999

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Documentos Básicos*, 48ava. ed., Italia, OMS, 2014.

ORTIZ LÓPEZ, M., "La salud mental desde la psicosociología laboral", *Revista del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo*, núm. 115, 2023, pp. 68-75.

RENDÓN VÁSQUEZ, J., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ta. ed., Editor Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2008.

RENDÓN VÁSQUEZ, J., *Derecho del Trabajo, Teoría General I*, 2da. ed., Lima, Editor Jurídica Grijley E.I.R.L., 2007.

RÍOS VELADA, A., "La negociación colectiva como instrumento para frenar los daños a la salud laboral derivados de la precariedad", *Lan Harremanak*, núm. 44, pp. 218-237.

ROJAS SORIANO, R., *Capitalismo y enfermedad*, México, Plaza y Valdés S.A. de C.V., 1999.

ROJAS SORIANO, R., *Crisis, salud-enfermedad y práctica médica*, México, Plaza y Valdés S.A. de C.V., 2000.

ROJAS SORIANO, R., *Metodología en la calle, salud-enfermedad, política, cárcel, escuela…*, México, Plaza y Valdés S.A. de C.V., 2010.

ROJAS SORIANO, R., *Investigación-acción en el deporte, nutrición y salud. Un experimento con dieta vegetariana (vegana) 2008-2014*, México, Kanankil Editorial, 2015.

ROJAS SORIANO, R., *Enfoque sociológico sobre pandemia de Covid-19. Enigmas y desafíos a la ciencia*, México, Plaza y Valdés S.A. de C.V., 2021.

ROMERO MONTES, F. J., "Riesgos Profesionales y Responsabilidad de la empresa". *Revista Jurídica "Docentia et investigatio" de la Facultad de Derecho de la UNMSM*, vol. 8, núm. 2, 2006, pp. 19-30.

RUBÍ SALAZAR, I. (coord.), *Seguridad y Salud en el Trabajo en México: avances, retos y desafíos*, México, Subsecretario de Previsión Social, 2017.

SKIBA, R., "Principios teóricos de la Seguridad en el trabajo". En *Organización Internacional del Trabajo: Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo,* 4ta. ed., España, OIT, 1998, pp. 56.34-56.36.

SOMAVÍA, J., *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*, Santiago, OIT, 2014

VÓLKOV, M., SMIRNOV, M. y FAMINSKI I. (coords.), *Diccionario de Economía Política*, Moscú, Editorial Progreso, 1985.

WARSHAW, L. J. y MESSITE, J., "Protección y promoción de la salud: visión general". En *Organización Internacional del Trabajo: Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo*, 4ta. ed., España, OIT, 1998, pp. 15.2-15.9.

Las rutas de navegación: desafíos y oportunidades actuales para el transporte marítimo de mercancías

Navigation routes: current challenges and opportunities for maritime freight transport

BLANCA ROMERO MATUTE
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Cádiz (España)

blanca.romero@uca.es

https://orcid.org/0000-0003-1341-0335

Resumen: En los últimos años, las rutas marítimas han enfrentado diversos factores desestabilizantes. Desde finales de 2020, las tensiones sanitarias, comerciales y geopolíticas han perturbado las cadenas de suministro globales. Además, nuevas exigencias medioambientales, especialmente relacionadas con la descarbonización, y la digitalización del sector, imponen reevaluaciones constantes de rutas e infraestructuras portuarias. En 2024, la situación se agrava con las tensiones comerciales entre potencias y la acelerada transición energética. Estos factores interrelacionados demandan una transformación hacia una navegación más eficiente y sostenible, presentando retos y oportunidades para la industria marítima.

Abstract: *In recent years, maritime routes have faced various destabilizing factors. Since late 2020, health, commercial, and geopolitical tensions have disrupted global supply chains. Additionally, new environmental demands, especially in decarbonization, and the digitalization of the sector impose constant reevaluations of routes and port infrastructures. In 2024, the situation is exacerbated by commercial tensions between powers and the accelerated energy transition. These interrelated factors demand*

Recepción: 30/07/2024 Aceptación: 18/10/2024

Cómo citar este trabajo: ROMERO MATUTE, Blanca, "Las rutas de navegación: desafíos y oportunidades actuales para el transporte marítimo de mercancías", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 129-160, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.05

a transformation towards more efficient and sustainable navigation, presenting challenges and opportunities for the maritime industry.

Palabras clave: comercio internacional, navegación marítima, rutas, transporte marítimo.

***Keywords**: international trade, maritime navigation, routes, maritime transport.*

Sumario: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 2. LAS RUTAS DE NAVEGACIÓN MARÍTIMAS. 2.1. La organización de la navegación por rutas marítimas. 2.1.1. Marco jurídico. 2.1.2. Planificación y diseño de las rutas de navegación marítimas. 2.1.3. Rutas marítimas tradicionales más relevantes. 2.2. La reorientación actual de las rutas marítimas. 2.2.1. Factores desestabilizantes. 2.2.2. Reflexión final. 3. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El comercio internacional ha experimentado un crecimiento significativo en las últimas décadas, gracias a la progresiva integración de las economías de todo el mundo que implica la globalización. En ese escenario, el transporte marítimo juega un papel fundamental, constituyendo la columna vertebral de las cadenas de suministro mundiales. Alrededor del 90 por ciento del comercio mundial se realiza por vía marítima, por evidenciarse el medio más eficiente y económico para transportar grandes volúmenes de mercancías a largas distancias. Como grandes protagonistas de la conectitividad del transporte, destacan los puertos y las terminales de carga, en su función de nodos funcionales de esa cadena logística. Intrínsecamente, este sector está expuesto a una serie de riesgos, algunos tradicionales y otros emergentes, que pueden tener un impacto significativo en la seguridad, la economía y el medio ambiente. En particular, las rutas de navegación marítima, cruciales para el transporte eficiente de mercancías, se enfrentan a una serie de amenazas propiciadas por los cambios geopolíticos, climáticos y tecnológicos, que obligan a la constante reorganización de la logística del transporte. En este contexto, el seguro marítimo desempeña un papel fundamental al proporcionar una red de protección financiera contra los riesgos asociados al transporte marítimo. La evolución de los riesgos en este sector, incluyendo la aparición de algunos desconocidos hasta ahora, como los riesgos cibernéticos y los asociados al cambio climático, y las nuevas tendencias estratégicas que se están implementando en las rutas de navegación y en los criterios de selección portuaria y de las plataformas logísticas, plantean nuevos desafíos a los que se deben adaptar los mercados de los transportes y de los seguros marítimos, inexorablemente unidos.

2. LAS RUTAS DE NAVEGACIÓN MARÍTIMAS

2.1. La organización de la navegación por rutas marítimas

2.1.1. Marco jurídico

Las rutas de navegación marítimas o vías marítimas son cursos específicos o corredores diseñados en los océanos, mares y otras grandes masas de agua, utilizados por los buques para navegar de manera segura y económicamente eficiente de un punto a otro. Estas rutas son fundamentales para la logística internacional, la seguridad marítima y la planificación estratégica en el ámbito del transporte marítimo[1]. En relación con la seguridad marítima, despliegan una doble función, pues no sólo ayudan a evitar los denominados accidentes de la navegación, minimizando el potencial riesgo de colisiones y evitando zonas con amenazas conocidas como los actos de guerra, terrorismo o piratería, hielo y condiciones metereológicas extremas, arrecifes peligrosos, sino que también procuran minimizar el impacto ambiental de la navegación sobre áreas protegidas, como las de protección de los cetáceos, o ecosistemas sensibles, como arrecifes de coral o reservas naturales.

La *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, aprobada en Montego Bay (Jamaica) el 30 de abril de 1982 y en vigor desde 16 de noviembre de 1994 (CNUDM)[2], establece un exhaustivo régimen de ordenación en los denominados espacios marítimos, regulando los usos posibles de los océanos y mares y sus recursos. Con esa finalidad, proporciona las bases para el desarrollo de las áreas específicas del derecho del mar, sentando los principios y normas relacionados con la navegación y la delimitación de las zonas marítimas[3].

---

1 CONTE DE LOS RÍOS, A., *La nueva Estrategia de Seguridad Marítima de Europa 2023*. Documento de Opinión IEEE 104/2023 (https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2023/DIEEEO104_2023_AUGCON_Estrategia.pdf, consulta 30/10/2024).

2 España emitió el 20 de diciembre de 1996 *Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982* [*BOE* n.º 39, de 14 de febrero de 1997, https://www.boe.es/eli/es/ai/1982/12/10/(1)].
Posteriormente, a través de la Decisión 98/392/CE *relativa a la celebración por la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y del Acuerdo relativo a su aplicación de la parte XI* (*DOCE* n.° L 179 de 23 de junio de 1998), se aprobó el texto intenacional para toda la Unión Europea, al incorporarlo como anexo a la misma

3 Vid. GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 109 a 146; PULIDO BEGINES, J. L., *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 97 a 140; SCOVAZZI, T., *Elementos de derecho internacional del mar*, edición española a cargo de BOU FRANCH, V., Madrid, Tecnos, 1995, pp. 20 a 28 y 51 a 65 ; GABRIELA DE CAL Y CORTINA, R. M.ª, *Derecho del mar y de la navegación marítima*, Tórculo, Santiago de Compostela, 1999; YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., «La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: balance de 15 años de aplicación», en AA.VV., *España y la práctica del Derecho internacional*, LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC, coord. por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., 2014, pp. 95 a 113; YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Ámbitos de jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: una perspectiva española*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1996, *passim*.

Al efecto, la CNUDM establece un marco legal completo para regular el tránsito de buques en diferentes contextos geográficos, esto es, alta mar, zonas contiguas, mares territoriales y aguas interiores. Partiendo del derecho de todos los Estados a que los buques que enarbolan su pabellón naveguen libremente por alta mar (artículo 90 CNUDM) y, con ciertas restricciones jurisdiccionales (a efectos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios), por la zona contigua (artículo 33 CNUDM)[4], determina sin embargo un marco más restrictivo respecto a la navegación por el mar territorial, las aguas interiores y los denominados *espacios marítimos especiales* (estrechos, mares cerrados, islas, archipiélagos y Estados sin litoral).

La delimitación de las aguas interiores y los mares territoriales se encuentra interrelacionada, pues el límite exterior de las aguas interiores de un Estado constituye el límite interior del mar territorial, cuya anchura no debe exceder las 12 millas náuticas (22,2 km aproximadamente), medidas desde las líneas de base[5]. El límite exterior del mar territorial se define como la línea que se encuentra a una distancia igual a la anchura del mar territorial desde el punto más cercano de la línea de base. Las aguas interiores se establecen por exclusión, es decir, son aquéllas que quedan *encerradas* en el interior de la línea de base que marca el inicio del mar territorial. Dentro de las aguas interiores se sitúan generalmente los espacios marinos más relevantes para la navegación, esto es, los puertos.

En relación con las actividades que se realicen en las aguas interiores, incluida la navegación, tienen los Estados ribereños plena competencia para regularlas, especialmente en atención a la salvaguarda de la seguridad y el medio ambiente. En la práctica, los Estados son flexibles y permiten la navegación por sus aguas interiores, particularmente para facilitar la entrada y salida de los puertos, aunque la sometan a regulaciones minuciosas. Más restrictivas suelen ser las regulaciones sobre el fondeo o la detención en aguas interiores, particularmente en caso de accidentes o siniestros marítimos[6]. Particular importancia tiene el régimen de acceso a los puertos, toda vez que la propia CNUDM ni ninguna otra norma de Derecho internacional del mar establece un derecho absoluto de libre acceso de los buques a los puertos, por lo que serán los Estados ribereños los que puedan determinar cuáles de sus puertos están

4 La zona contigua no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

5 Se contemplan dos criterios para determinar la anchura del mar territorial, bien la *línea de base normal* (línea de bajamar a lo largo de la costa) o bien la *línea de base recta* (prevista para los lugares en los que la costa tenga profundas aberturas y escotaduras o en los que haya una franja de islas a lo largo de la costa, y que consistirá en la línea que una dichos puntos), contemplándose en la CNUDM la posibilidad de que los Estados ribereños combinen cualesquiera de los dos métodos, según las circunstancias, para determinar las líneas de base de referencia (artículo 14, en relación con los 5.º y 7.º). También se prevé que cuando las costas de dos Estados sean adyacentes o se sitúen frente a frente, ninguno tenga derecho –salvo acuerdo en contrario, derechos históricos u otras circunstancias especiales– a extender su mar territorial mas allá de una línea media cuyos puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mida la anchura del mar territorial de cada uno de esos Estados (artículo 15 CNUDM).

6 Cfr. PULIDO BEGINES, J. L., *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, *cit.*, p. 106.

abiertos al tráfico internacional y, en su caso, establecer sus propias condiciones de admisión. Ni siquiera en el caso delicado de los buques en peligro, existe el derecho a encontrar refugio en un puerto[7].

Respecto a la navegación por los mares territoriales, la CNUDM, aunque afirma la soberanía del Estado ribereño sobre el mar territorial, así como sobre el espacio aéreo y los recursos naturales en su lecho y subsuelo (artículo 2.º), limita dicha soberanía, pues reconoce también el derecho de terceros Estados a que los buques que enarbolen su pabellón puedan navegar por dichas aguas. Esa facultad no es absoluta, sino que se somete a determinadas exigencias que se articulan a través del denominado *derecho de paso inocente* de los buques extranjeros a través del mar territorial de los Estados ribereños o los archipiélagos de los Estados archipelágicos o el *derecho de tránsito* por los estrechos[8].

El derecho de paso inocente se consagra en el artículo 17 de la CNUDM, que establece que los buques de todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, tienen derecho a pasar de manera inocente a través del mar territorial de otros Estados. Se entiende por *paso* el hecho de navegar por el mar territorial bien para dirigirse hacia las aguas interiores o hacer escala en una rada o instalaciones portuarias (*paso inocente transversal de entrada*) o salir de ellas (*paso inocente transversal de salida*), o bien con el fin de atravesar dicho mar sin penetrar en las aguas interiores ni hacer escala en una rada o una instalación portuaria fuera de las aguas interiores (paso inocente perpendicular).

El derecho de paso inocente está sujeto a una serie de condiciones y regulaciones destinadas a garantizar la seguridad y el buen orden en las aguas territoriales. Así, el paso se considera inocente cuando no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño (artículo 19 CNUDM) y debe ser rápido e ininterrumpido, y solo permite la detención y el fondeo en circunstancias específicas (por ejemplo, si así lo requieren incidentes normales de la navegación o ciertas circunstancias especiales como pueden ser la fuerza mayor, dificultades graves o el auxilio de personas en peligro) (artículo 18 CNUDM). Por su parte, el paso inocente respecto a las aguas archipielágicas se regula en el artículo 52 CNUDM y el derecho de tránsito por los estrechos utilizados para la navegación internacional en los artículos 38 y 39 CNUDM, previéndose un régimen residual de paso inocente sobre los estrechos en el artículo 45 de dicho texto internacional.

Todo el régimen internacional se sustenta en el equilibrio que resulta del respeto a la soberanía de los Estados ribereños sobre sus mares territoriales, reconociéndoseles la potestad para dictar leyes y reglamentos sobre el paso inocente y el paso en tránsito, por un lado, y para regular el tráfico marítimo, de otro.

---

7 Vid. las reflexiones al respecto de PULIDO BEGINES, J. L., *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, *cit.*, pp. 104 a 106.

8 A los efectos del derecho de paso en tránsito, se considera *estrecho* el utilizado para la navegación internacional entre una parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva y otra parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva (artículo 37 CNUDM).

Respecto a las potestades de regulación de los Estados ribereños del desarrollo operativo de la navegación sobre sus aguas territoriales, reconocidas en el artículo 21.1 CNUDM –y respecto al paso en tránsito por los estrechos en el artículo 42 de dicho texto–, hay que señalar que tampoco son absolutas. Las competencias reguladoras deben ejecutarse, de tal modo, que no afecten al diseño, construcción, dotación o equipo de buques extranjeros –a menos que pongan en efecto reglas o normas internacionales generalmente aceptadas– (artículo 21. 2 CNUDM), ni impliquen la imposición a los buques extranjeros de requisitos que produzcan el efecto práctico de denegar u obstaculizar el derecho de paso inocente ni supongan una discriminación de hecho o de derecho contra los buques de un Estado determinado o contra los buques que transporten mercancías hacia o desde un Estado determinado o por cuenta de éste (artículos 24.1 y 42.2 CNUDM, respecto a los estrechos), ni tampoco impongan gravámenes a los buques extranjeros por el solo hecho de su paso por el mar territorial (artículo 26 CNUDM). Además, en orden a contribuir a la seguridad de la navegación internacional, el Estado ribereño se encuentra obligado a dar a conocer de manera apropiada todos los peligros que, según su conocimiento, amenacen a la navegación en su mar territorial (artículo 24.2 CNUDM), así como a dar publicidad debida de toda la reglamentación que se establezca internamente al respecto (artículos 21.3 y 42.3 CNUDM, respecto a los estrechos). Finalmente, se completa el sistema reconociéndoles a los Estados ribereños unos derechos de protección de distinto alcance: por un lado, quedan habilitados para adoptar las medidas necesarias para impedir todo paso que no sea inocente a través de sus respectivos mares territoriales; por otro lado, se les reconoce el derecho de impedir cualquier incumplimiento de las condiciones a que esté sujeta la admisión de los buques que se dirijan hacia las aguas interiores o a recalar en una instalación portuaria situada fuera de esas aguas; y, por último, podrán, sin discriminar de hecho o de derecho entre buques extranjeros, suspender temporalmente, en determinadas áreas de sus mares territoriales, el paso inocente de buques extranjeros si dicha suspensión es indispensable para la protección de la seguridad marítima, incluidos los ejercicios con armas (artículo 25 CNUDM). Es destacable, asimismo, que dicha posibilidad de suspensión no se contempla respecto al derecho de paso en tránsito por los estrechos.

En relación con la potestad de reglamentación del tráfico marítimo por las aguas territoriales, la CNUDM permite a los Estados exigir el uso de vías marítimas y de dispositivos de separación del tráfico designados para buques extranjeros en paso inocente, enfocándose en la seguridad de la navegación y la protección del medio marino respecto al mar territorial (artículo 22)[9] y en el tránsito rápido y seguro, respetando las rutas normales de navegación, respecto a los archipiélagos

9 Incluso se prevé, en orden a la preservación del medio ambiente y la prevención, reducción y control de la contaminación, que el Estado ribereño pueda exigir que los buques cisterna, los de propulsión nuclear y los que transporten sustancias o materiales nucleares u otros intrínsecamente peligrosos o nocivos limiten su paso a esas vías marítimas (artículo 22.2 CNUDM).

(artículo 53). Asimismo, facilita a los Estados ribereños de estrechos la designación de vías marítimas y el establecimiento de dispositivos de separación del tráfico para asegurar el paso seguro de los buques y ajustar estas designaciones en respuesta a las necesidades de seguridad y las condiciones de navegación (artículo 41).

Estas potestades de reglamentación tampoco son absolutas, pues se contempla que los Estados ribereños en la designación de las vías marítimas y la prescripción de los dispositivos de separación del tráfico tienen que tener en cuenta, respecto al paso inocente sobre sus mares territoriales, las recomendaciones de la organización internacional competente, los canales que se utilicen habitualmente para la navegación internacional, las características especiales de determinados buques y canales y la densidad del tráfico (artículo 22.3 CNUDM). En cuanto al derecho de tránsito por los estrechos, no solo es necesario respetar las normativas internacionales generalmente aceptadas, sino que los Estados ribereños, para designar o modificar rutas marítimas o establecer o cambiar dispositivos de separación del tráfico, deben presentar sus propuestas y acordarlas con la organización internacional competente (artículo 41.4 CNUDM). En cualquiera de los casos, las vías marítimas y los dispositivos de separación del tráfico se habrán de reflejar en cartas náuticas a las que dará la debida publicidad.

En definitiva, se procura equilibrar los derechos que emanan de la soberanía de los Estados ribereños y archipelágicos para regular el tránsito a través de sus aguas, con el interés de la comunidad internacional de asegurar la libertad de navegación y el paso seguro y eficiente de buques[10].

10 En este escenario, España ha hecho uso de la facultad prevista en la CNUDM de dictar normas reglamentarias relativas al paso inocente por su mar territorial, consagrándose un régimen de libertad de navegación sometido a controles y límites que se justifican por la necesidad de asegurar la seguridad de la navegación y la protección del medio ambiente marino. Por un lado, la Ley 14/2014, de 24 de julio, *de Navegación Marítima* (*BOE* n.º 180, de 25 de julio, https://www.boe.es/eli/es/l/2014/07/24/14/con) regula en sus artículos 19 a 55 el régimen general de la navegación en los espacios marítimos españoles, así como el derecho de paso inocente por el mar territorial y los derechos de persecución y de visita. De otro, el artículo 266.4.a) y b) del *Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante*, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (*BOE* n.º 253, de 20 de octubre, https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2011/09/05/2/con), atribuye al Capitán Marítimo la función de autorización o prohibición de entrada y salida de buques en aguas españolas, así como el despacho de buques, así como la determinación por razones de seguridad marítima de las zonas de fondeo y de maniobra en aguas españolas, correspondiendo a la Administración portuaria competente la autorización de fondeo y asignación de puestos en la zona de servicio de los puertos. Igualmente, el Capitán Marítimo podrá designar zonas prohibidas a la navegación por motivos de seguridad y protección marítima, seguridad de la navegación, prevención y lucha contra la contaminación marina u otras causas debidamente justificadas. El desarrollo de ese régimen de autorización previa para la entrada de buques en los espacios marítimos españoles, bien para navegar en régimen de paso inocente por las mismas o bien con el fin de realizar escalas en puertos o terminales situados en nuestro territorio, ha sido llevado a cabo por el Real Decreto 186/2023, de 21 de marzo, *por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de la Navegación Marítima* (*BOE* n.º 69, de 22 de marzo, https://www.boe.es/eli/es/rd/2023/03/21/186). En esta norma también se incorporan las llamadas medidas aplicables a los buques en tránsito que realicen descargas contaminantes en los espacios marítimos españoles; el régimen de las denominadas operaciones fuera de límites, en alusión a determinados

Como se ha señalado, vital importancia tienen también en este ámbito las recomendaciones de organizaciones internacionales competentes para gestionar los riesgos de la navegación marítima global a los que hace referencia la propia CNUDM, pues establecen estándares y prácticas que contribuyen a mitigar los riesgos inherentes a la actividad marítima y fomentan la seguridad, la preservación del medio ambiente y la eficiencia en el transporte marítimo[11].

servicios comerciales que, por la pequeña entidad de cada uno de ellos, se prestan a los buques fuera de las aguas del dominio público portuario; y se regulan las situaciones de fondeo de buques en caso de avería o fuerza mayor, así como de buques que transporten sustancias especialmente nocivas para el medio ambiente marino, como son los buques tanque o petroleros y los quimiqueros.

11 La *Organización Marítima Internacional* (OMI), como organismo especializado de las Naciones Unidas, es la autoridad mundial encargada de establecer las normas que han de observarse en el transporte marítimo internacional; en este sentido, formula directrices concernientes a la seguridad marítima, la salvaguarda del medio marino frente a contaminantes procedentes de embarcaciones, instaura protocolos dirigidos a la mitigación de impactos ambientales adversos originados por el sector naviero y marca los estándares técnicos que abarcan la navegación segura, la prevención de colisiones náuticas, la administración del tráfico marítimo y la conservación del ecosistema marino, entre otros temas cruciales (al respecto, consúltese https://www.imo.org/es/About/Paginas/Default.aspx, consulta 30/10/2024). Entre dichas regulaciones, destacan el *Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias* (Código PBIP), adoptado el 12 de diciembre de 2002 mediante Resolución 2 de la Conferencia de Gobiernos contratantes del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974 [*BOE* n.º 202, de 21 de agosto de 2004, https://www.boe.es/eli/es/ai/2002/12/12/(3)], que incluye un conjunto de medidas de seguridad destinadas a prevenir incidentes de índole terrorista en el ámbito del transporte marítimo; el *Código marítimo internacional de mercancías peligrosas* (Código IMDG), Enmiendas de 2020 adoptadas en Londres el 11 de noviembre de 2020 mediante la Resolución MSC.477(102) [*BOE* n.º 150, de 24 de junio de 2022, https://www.boe.es/eli/es/ai/2020/11/11/(2)]; el *Código internacional de seguridad para naves de gran velocidad*, 1994 (Código NGV 1994), Enmiendas de 2022 adoptadas en Londres el 28 de abril de 2022 mediante Resolución MSC.498(105) [*BOE* n.º 67, de 16 de marzo de 2024, https://www.boe.es/boe/dias/2024/03/16/pdfs/BOE-A-2024-5220.pdf]; y el *Código internacional de seguridad para naves de gran velocidad*, 2000 (Código NGV 2000), Enmiendas de 2022 adoptadas en Londres el 28 de abril de 2022 mediante la Resolución MSC. 499(105) [*BOE* n.º 67, de 16 de marzo de 2024, https://www.boe.es/boe/dias/2024/03/16/pdfs/BOE-A-2024-5221.pdf). Vid., al respecto, GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, *cit*., pp. 72 a 78.
En el contexto de buques que transportan materiales nucleares o sustancias altamente peligrosas, el *Organismo Internacional de Energía Atómica* (IAEA, https://www.iaea.org/) desempeña también un papel crucial al emitir un conjunto de Normas de Seguridad (subdivididas, a su vez, en Nociones Fundamentales de Seguridad, Requisitos de Seguridad y Guías de Seguridad) enfocadas en asegurar la protección y seguridad frente a los riesgos asociados con el manejo de energía nuclear. Estas directrices comprenden aspectos como la integridad de los buques, la gestión de sistemas a bordo, la capacitación y competencias del personal, y el manejo apropiado de materiales nucleares durante su traslado por vías marítimas. En particular, consúltense las *Normas de Seguridad del OIEA No. SSR-6 (Rev. 1), Reglamento para el transporte seguro de materiales radiactivos*, edición de 2018 y las *IAEA Safety Standards Series N.º SSG-86 Radiation Protection Programmes for the Transport of Radioactive Material*, Viena, 2023 (https://www.iaea.org/publications/15250/radiation-protection-programmes-for-the-transport-of-radioactive-materia, consulta 30/10/2024l), dirigidas a las autoridades competentes de los Estados, autoridades aduaneras, autoridades portuarias, consignatarios, porteadores y operadores de puertos.
Adicionalmente, existen otras entidades y organismos internacionales tales como la *Organización Mundial de la Salud* (OMS), que contribuyen con recomendaciones específicas relacionadas con la navegación marítima, incluyendo la gestión de riesgos sanitarios en el transporte marítimo.

2.1.2. Planificación y diseño de las rutas de navegación marítimas

Las rutas marítimas son planificadas con el fin de facilitar el transporte marítimo de manera eficiente y segura, teniendo en cuenta consideraciones técnicas como jurídicas –ya expuestas–, dada la interacción compleja entre la geografía marítima, las normativas nacionales e internacionales y las demandas de la industria naviera. En ese contexto, se han de tener en cuenta factores tan diversos como los meteorológicos, el consumo de combustible del buque y el previsto en la instalación portuaria, las condiciones técnicas del buque (casco, hélice, motor, sistemas de navegación, etc.) y la gestión de la velocidad, sin olvidar tampoco las propias exigencias contenidas en el contrato de fletamento en cuestión y/o en los conocimientos de embarque, en su caso.

El diseño de las rutas marítimas internacionales se inicia con un análisis detallado de los patrones de tráfico marítimo, que incluye la identificación de corredores de navegación preferenciales en función de criterios como la profundidad del agua, las condiciones climáticas[12], la existencia de obstáculos naturales o artificiales, y la proximidad a puertos importantes. En este sentido, la disponibilidad de combustible, los tiempos de tránsito y la capacidad de los puertos a lo largo de la ruta es esencial para garantizar un flujo eficiente de mercancías[13]. Cuando las rutas atraviesan los mares territoriales y, lógicamente, cuando preven entradas y salidas de instalaciones portuarias, hay que tener en cuenta las reglamentaciones de los Estados ribereños que, como hemos expuesto, tienen el derecho de imponer regulaciones y exigir el cumplimiento de normas específicas para garantizar la seguridad, la protección del medio ambiente marino y el orden en sus aguas,

12 Las condiciones meteorológicas afectan significativamente al rumbo de los buques, con implicaciones tanto para la seguridad de la tripulación como para el consumo de combustible y su consiguiente aumento proporcional de las emisiones de dióxido de carbono y otros gases contaminantes, sin olvidar las consecuencias de los retrasos debido a la ralentización de la velocidad del buque como consecuencia de oleaje, corrientes marinas adversas, niebla densa o tormentas severas u otros fenómenos. En otros casos, las condiciones meteorológicas pueden impedir la entrada o salida de los puertos, causando demoras adicionales.
De hecho, los contratos de fletamento suelen incluir cláusulas de fuerza mayor que eximen a las partes de responsabilidad en caso de retrasos o daños causados por condiciones meteorológicas extremas. Precisamente, en 2022, BIMCO propuso una cláusula específica, la *Force Majeure Clause*, para ofrecer soluciones a las partes en términos de seguridad jurídica, en los supuestos en los que surjan riesgos imprevisibles (como actos de guerra, actos de piratería, pandemias, obstrucción de vías navegables, bloqueos, condición meteorológica extraordinaria, pandemias, etc.), con ocasión de la ejecución del contrato, proponiendo una redistribución de los mismos, de tal modo que se eviten controversias acerca del alcance de sus obligaciones en tales situaciones. Vid., al respecto, ROMERO MATUTE, B., «Fletamento y transporte de mercancías: La respuesta del derecho de los formularios a los cambios de derrota o de los viajes convenidos», *Revista de Derecho del Transporte Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, n.º 34, 2024.

13 Sobre la planificación de las rutas como herramienta clave para garantizar la seguridad de los buques y la tripulación, la eficiencia y la rentabilidad de las operaciones marítimas y la reducción de combustible, vid. CHAVEINTE GARCÍA, M., *Caso de estudio de aplicación de algoritmos genéticos para la optimización de rutas marítimas*, Valladolid, 2023, https://uvadoc.uva.es/handle/10324/62912 (consultado el 30/10/2024).

pudiendo incluir restricciones de velocidad, zonas de navegación obligatorias, requisitos de notificación previa, entre otros. Igualmente cuando la ruta en cuestión prevé el paso por un estrecho, hay que estar a las reglamentaciones de los derechos de paso de los Estados afectados. Ante estas regulaciones, en el diseño de rutas marítimas internacionales se ha de colaborar estrecha y necesariamente con las autoridades nacionales y con las autoridades portuarias locales pertinentes para garantizar que las rutas propuestas cumplan con los requisitos legales y operativos establecidos por cada Estado.

En todo este proceso de planificación de las derrotas, resultan esenciales las cartas náuticas así como otras informaciones obligatorias a bordo acerca de los derroteros, listas de faros y otras señales náuticas, tablas de mareas, el almanaque náutico para la práctica de la navegación astronómica en el mar, las tablas de distancias en millas náuticas que existen entre puertos nacionales e internacionales, entre otras. En este contexto, de la mano de los constantes avances técnicos, se está imponiendo la denominada *e-navegación*[14], que se apoya en los *Sistemas de Información y Visualización de Cartas Electrónicas* (ECDIS), los cuales tienen la vocación de reemplazar la carta de papel en los buques sujetos al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974 (SOLAS)[15]. Este sistema ECDIS se apoya en dos elementos; por un lado, en la denominada *Carta Náutica Electrónica* (ENC) o base de datos cartográfica, que contiene toda la información necesaria para la navegación, permitiendo realizar los cálculos de rumbo, toma de distancia y apoyo en situaciones diversas[16] y, de otro, en el equipo a bordo necesario para la presentación al navegante de las ENC junto con información del propio buque como la posición GPS y datos de corredera, así como información de la derrota planeada[17]. Hay que destacar, por su relevancia en materia de seguridad e inves-

---

14 Según la OMI la navegación electrónica es la recolección, integración, intercambio, presentación y análisis armonizados de información marítima a bordo y en la costa, por medios electrónicos, para mejorar la navegación de atracadero a atracadero y los servicios asociados a la misma, para la seguridad en el mar y la protección del medio ambiente marino (https://www.imo.org/es/OurWork/Safety/Paginas/eNavigation.aspx, consulta 30/10/2024).
Vid., al respecto, LÓPEZ VARELA, P., SALGADO DON, A., PÉREZ CANOSA, J. M., «Análisis crítico de la navegación-e a bordo: situación actual y perspectivas de futuro», en AA.VV., *El Derecho marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, dir. por GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L. –DÍAZ DE LA ROSA, A.– QUINTÁNS EIRAS, M.ª R., Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 493 a 524; PORTALES RODRÍGUEZ, J., «La incidencia de las nuevas tecnologías y los ciberriesgos en el seguro marítimo», en AA.VV., *El Derecho marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, *cit*., pp. 919 a 943, en particular, pp. 921 a 924.

15 Instrumento de ratificación de 16 de agosto de 1978 [*BOE* n.º 144, de 16 de junio de 1980, https://www.boe.es/eli/es/ai/1974/11/01/(1)].

16 Existen ENCs oficiales, con una base de datos estandarizada en contenido, estructura y formato, de acuerdo con la *Norma S-57 emitida por la Organización Hidrográfica Internacional* (OHI).

17 Este sistema es capaz de generar alarmas de acuerdo a los parámetros del propio buque, como su calado, sobre la aproximación a un peligro o zona a evitar, obstrucciones, zonas con regulaciones particulares… Asimismo, tiene la capacidad para corregir las ENC de forma automática, o incluso

tigación de accidentes marítimos, la capacidad de los ECDIS para almacenar y reproducir ciertos elementos mínimos necesarios para reconstruir la derrota recorrida y verificar la base de datos oficial utilizada durante las 12 horas anteriores a cualquier evento.

2.1.3. Rutas marítimas tradicionales más relevantes

Atendiendo a distitnas consideraciones geográficas, económicas y estratégicas, tanto por su nivel de tráfico como por estar concetadas con otras rutas secundarias, destacan como rutas marítimas tradicionales más importantes las siguientes:

Ruta del Cabo de Buena Esperanza: Esta ruta conecta Europa con Asia y el Océano Índico, rodeando el extremo sur de África. Es una de las rutas más antiguas utilizadas por los exploradores y comerciantes europeos. Algunas rutas secundarias notables incluyen las que van desde el Cabo de Buena Esperanza hasta puertos en Madagascar, Mozambique, y la costa este de África.

Ruta del Canal de Suez: El Canal de Suez, inaugurado en 1869, es una vía de navegación artificial que conecta el Mar Mediterráneo con el Mar Rojo, permitiendo un acceso más directo entre Europa y Asia. Esta ruta es vital para el comercio mundial, ya que evita el largo y peligroso viaje alrededor de África. Muchas de las de las mercancías que pasan por el Canal de Suez tienen como destino u origen el Puerto de Shanghái, que es el puerto con más capacidad del mundo. Existen varias rutas secundarias que se ramifican desde el Canal de Suez hacia puertos en el Mediterráneo oriental, el Golfo Pérsico y el Mar Rojo. Estas incluyen conexiones con puertos en el Mar Mediterráneo, el Golfo de Adén y el Golfo Pérsico.

Ruta del Canal de Panamá: El Canal de Panamá, inaugurado en 1914, es una importante ruta de navegación que conecta el Océano Atlántico con el Océano Pacífico a través del istmo de Panamá. Permite a los buques evitar el largo viaje alrededor de América del Sur, facilitando el comercio entre las costas este y oeste de América y reduciendo significativamente los tiempos de tránsito y el gasto de combustible asociado. Esta vía interoceánica une 140 rutas marítimas, conectando 1.700 puertos y 160 países, transcurriendo por ella alrededor de 14.000 buques al año. Los principales usuarios del Canal de Panamá son los Estados Unidos, que representa casi el

---

cambiar automáticamente a la ENC más adecuada, la de mayor escala, al propósito de la navegación que se esté realizando.
El empleo de un sistema ECDIS a bordo, junto con las ENC producidas por los Servicios Hidrográficos Oficiales, está aceptado por la Organización Marítima Internacional (OMI), como equivalente legal a la actual obligación de llevar, todo ello debidamente actualizado, cartas náuticas, derroteros, libros de faros, avisos a navegantes, tablas de mareas y cualquier otra publicación náutica necesaria para el viaje proyectado, según la regla V/20 del Convenio SOLAS. Vid., al respecto, la Resolución A/817/19, de 23 de noviembre de 1995, de la OMI, enmendada el 4 de diciembre de 1996 por la Resolución MSC.64 (67); el 8 de diciembre de 1998 por Resolución MSC 86 (70) y el 5 de diciembre de 2006 por la Resolución MSC.232(82) (aplicable ésta última a los ECDIS instalados a partir del 1 de enero de 2009).

67 por ciento de la carga total transportada a través de la vía interoceánica, y China que reúne un 16 por ciento, seguido por México, Chile y Japón, entre otros. Las rutas secundarias conectadas a ella incluyen puertos en la costa este y oeste de América Central y América del Sur, así como conexiones con el Caribe.

Ruta del Estrecho de Malaca: Esta vía se localiza en el extremo sur de América del Sur y conecta el Océano Atlántico con el Océano Pacífico, además de enlazar el Océano Índico con el Mar de China Meridional. Pasa a través del Estrecho de Malaca, ubicado entre la península malaya y la isla indonesia de Sumatra. Es una de las rutas marítimas más transitadas del mundo (alrededor de 83.000 buques al año), circulando por ella el 80 por ciento del comercio marítimo del mundo y más de un tercio del comercio mundial total (del petróleo al carbón, pasando por el aceite de palma o las manufacturas y componentes ecnológicos). Las rutas secundarias incluyen conexiones con puertos en Malasia, Indonesia, Tailandia y Singapur, entre otros.

Ruta del Cabo de Hornos: Aunque es una de las rutas más peligrosas debido a las condiciones climáticas extremas, históricamente ha sido utilizada por los buques que viajan entre los océanos Atlántico y Pacífico. Las rutas secundarias incluyen conexiones con puertos en Chile y Argentina, así como conexiones hacia la Antártida.

Ruta del Estrecho de Ormuz: Es el paso marítimo más importante para el petróleo (aproximadamente el 30 por ciento del crudo mundial), ya que conecta el Golfo Pérsico con el Océano Índico. Las rutas secundarias incluyen conexiones con puertos en los Emiratos Árabes Unidos, Irán, Omán y otros países del Golfo.

Como principal puerto de entrada para el petróleo crudo en Europa proviniente de esta ruta, destaca el Puerto de Rótterdam, ubicado en los Países Bajos.

Ruta del Estrecho de Gibraltar: Esta ruta conecta el Mar Mediterráneo con el Océano Atlántico, separando Europa continental de África y es de gran importancia estratégica y comercial debido a su ubicación geográfica, ya que es el único paso natural entre el Mediterráneo y el Atlántico, siendo además la ruta marítima más corta entre Europa y África. Esta ruta es una de las más transitadas del mundo con miles de buques comerciales, petroleros, cruceros y embarcaciones de todo tipo cruzando diariamente (aproximadamente unos 11.000 al año). Las rutas secundarias incluyen conexiones con puertos en España, Marruecos y otros países ribereños del Mediterráneo. En esta ruta destacan el Puerto de Algeciras (España), con gran capacidad para manejar una amplia variedad de cargas, incluyendo contenedores, carga a granel y pasajeros, y el Puerto de Tánger (Marruecos). El Puerto de Hamburgo, ubicado en Alemania y conectado con el Mar del Norte a través del río Elba, se beneficia de la conexión indirecta con el Mediterráneo a través del Estrecho de Gibraltar. Hamburgo es un puerto clave para el comercio en Europa, especialmente para el transporte de contenedores y mercancías a granel.

Ruta del Canal de la Mancha o Estrecho de Dover: Esta ruta, por la que transitan anualmente entre 140.000 a 180.000 buques, comunica el Océano Atlántico con el Mar

del Norte y Gran Bretaña. Las rutas secundarias incluyen conexiones con puertos en el Reino Unido, Francia, Bélgica y los Países Bajos.

Ruta de los Estrechos Turcos: Esta ruta principal conecta el Mar Negro con el Mar de Mármara y el Mar Egeo y, por extensión, con el Mediterráneo. Unos 48.000 buques al año cruzan el Bósforo y el Dardanelos. Las rutas secundarias incluyen conexiones con puertos en Turquía y otros países ribereños del Mar Negro.

En Europa, se utiliza el concepto de *autopistas marítimas o Espacio Marítimo Europeo* (*European Maritime Space, EMS*) para referirse a una red de rutas marítimas que enlazan los principales puertos europeos (entre ellos, Algeciras, Amberes, Barcelona, El Havre, Hamburgo, Rótterdam, Valencia y Vigo) y al segmento marítimo que conecta dos puertos o más puertos que, a su vez, están unidos a corredores intermodales. Esta iniciativa forma parte del proceso de integración económica y política europeo, conformando las autopistas del mar la dimensión marítima de las *Redes Transeuropeas de Transportes* (RTE-T)[18]. Aunque no se ha llegado a establecer aún una red portuaria centralizada, supone la instauración de vías que unen las diferentes esquinas del continente por vía marítima, interconectándolas también con otros medios terrestres y aéreos. Se procura vertebrar un sistema de comunicación eficiente entre todos los países miembros de la UE, mediante la creación de una red de transporte de alcance continental basada en el Short Sea Shipping (navegación de corta distancia). Están diseñadas para optimizar la eficiencia y la seguridad del transporte marítimo, al tiempo que reducen la congestión en carreteras y autopistas terrestres. Existen cuatro zonas diferenciadas: la *Autopista del Báltico*, que une los países de la UE de este mar con los de Europa central y del Oeste, la *Autopista del mar de Europa occidental* que comunica España y Portugal con el Mar del norte a través del arco atlántico, la *Autopista del mar de Europa sud-oriental*, para comunicar el Mediterráneo más oriental, y el Adriático con el mar Jónico (Chipre incluido) y, la *Autopista del mar de Europa sud-occidental*, que comunica España, Francia, Italia y

18 El programa «Autopistas del mar» fue introducido por el Libro Blanco de la Comisión Europea de 2001 sobre la política de transporte titulado *La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad*. Posteriormente, en 2011, la Comisión Europea publicó el *Libro Blanco sobre el Transporte*, que incluía la *Hoja de Ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible* (CE 2011).
Las autopistas del mar forman parte de la estrategia de la RTE-T que, a escala de la UE, abarca el ferrocarril, las vías navegables interiores, las rutas de transporte marítimo de corta distancia y las carreteras, conectando 424 grandes ciudades europeas con puertos, aeropuertos y terminales ferroviarias.
La RTE-T se regula en el Reglamento (UE) n.º 1315/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, *sobre las orientaciones de la Unión para el desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte, y por el que se deroga la Decisión n.º 661/2010/UE* (*DOUE* n.º 348, de 20 de diciembre de 2013). Al margen de otras iniciativas de modificación, recientemente, en febrero de 2024, en el seno de la UE se ha alcanzado un acuerdo provisional sobre un Reglamento revisado relativo a las orientaciones de la Unión para el desarrollo de RTE-T (consúltese en https://www.consilium.europa.eu/es/documents-publications/public-register/public-register-search/results/?WordsInSubject=&WordsInText=&DocumentNumber=5548%2F24&InterinstitutionalFiles=&DocumentDateFrom=&DocumentDateTo=&MeetingDateFrom=&MeetingDateTo=&DocumentLanguage=EN&OrderBy=DOCUMENT_DATE+DESC&ctl00%24ctl00%24cpMain%24cpMain%24btnSubmit=, consulta 30/10/2024).

Malta con la Autopista sud-oriental, llegando hasta el Mar Negro[19]. A estas zonas hay que añadir las autopistas del Mar del Norte y la del Mar Negro. Este Espacio Marítimo Europeo, que engloba los puertos, los buques y los corredores de la red básica, tiene como finalidad conseguir un transporte de bienes y servicios eficiente y sostenible dentro, desde y hacia Europa[20].

2.2. La reorientación actual de las rutas de navegación marítima

2.2.1. Factores desestabilizantes

El transporte marítimo internacional se ha enfrentado en los últimos años a distintos factores desestabilizantes, derivados no sólo del aumento desde finales de 2020 de las tensiones sanitarias, comerciales y geopolíticas, sino también a causa de las nuevas exigencias en materia medioambiental relacionadas con la descarbonización y de los retos a los que se ve sometido para adaptarse a la digitalización, a las nuevas tecnologías y al cambio climático. La concurrencia de distintos eventos ha puesto de manifiesto la debilidad y la coordinación del sistema internacional del transporte y la logística, verificando que se «satura» con facilidad ante sucesos imprevistos. Puede afirmarse que la tensión o la ruptura de un eslabón (una terminal, un puerto, un canal…) afecta generalmente a toda la cadena logística del comercio mundial[21]. Las dificultades, aunque también oportunidades, han venido motivadas por distintos factores interrelacionados entre sí que afectan a

---

19 Vid., al respecto, CARLIER, M., «Las autopistas del Mar y el desarrollo sostenible en la UE», en AA.VV., *Los retos del transporte en el siglo XXI*, I Congreso Internacional de Transporte, Castellón de la Plana, coord. por MARTÍNEZ SANZ, F. PETIT LAVALL, M. V., Tirant lo Blanch, vol. 2, 2005, pp. 1521 a 1536; MÁRQUEZ DOMÍNGUEZ, J. A., «Articulación de las Autopistas del Mar en la Unión Europea», en AA.VV., *Gobernanza, comunidades sostenibles y espacios portuarios,* coord. por JURADO ALMONTE, J. M., GARCÍA CHAVARRÍA, O., MÁRQUEZ DOMÍNGUEZ, J. A., PINEDA FALCONETT, M., Asociación de Geográfos Españoles, 2023, pp. 1191 a 1206; MORENO NAVARRO, J. G., «Una Nueva Ordenación de los Transportes: las Autopistas del Mar», en AA.VV., *Comercio, Servicios y Transporte. Patrones de una Sociedad Avanzada*. Geografia de los Servicios, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2008, pp. 349 a 354; FERNÁNDEZ ALLES, J. J., FERNÁNDEZ ALLES, M. T. «El Derecho europeo sobre las autopistas del mar y su incorporación al ordenamiento español (2010-2013)», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 49, 2014, pp. 55 a 89; CALVAR, C., «Autopistas del mar para desatascar las terrestres», 23 de diciembre de 2014, en https://www.elcorreo.com/alava/economia/201412/23/autopistas-para-desatascar-terrestres-20141223140311-rc.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.elcorreo.com%2Falava%2Feconomia%2F201412%2F23%2Fautopistas-para-desatascar-terrestres-20141223140311-rc.html (consulta, 30/10/2024); MÁRQUEZ DOMINGUÉZ, J. A., «Transporte y Autopistas del Mar en la Unión Europea», 2022, en https://aecr.org/es/transporte-y-autopistas-del-mar-en-la-union-europea/, consulta 30/10/2024.

20 Cfr. Asociación de Navieros Españoles (ANAVE), *El Plan Detallado de Implantación 2022 de las Autopistas del Mar*, 2022, en https://www.anave.es/images/tribuna_profesional/2022/tribuna_bia0922.pdf.

21 PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., «La incidencia del COVID-19 en el Transporte Marítimo. Notas a propósito de la BIMCO COVID-19 *Crew Change Clause For Time Charter Parties* 2020», en AA.VV., *El derecho mercantil y la pandemia : algunos problemas del pasado, la crisis coyuntural y las perspectivas futuras: libro homenaje a Agustín Madrid Parra*, dir. por GUERERO LEBRÓN, M. J., ALVARADO HERRERA, L., Colex, A Coruña, 2023, p. 779.

la capacidad de carga y pueden determinar en buena medida una reordenación de las rutas marítimas[22]:

Congestión portuaria

La eficiencia de los puertos a nivel mundial se ha visto mermada por un contexto de congestión portuaria, principalmente debido a la densificación de las rutas de navegación y al fenómeno del bloqueo logístico global, cuyo inicio se remonta a finales del año 2020, incrementándose notablemente durante el año 2021 y permaneciendo en 2022 y 2023. El transporte marítimo sigue teniendo que afrontar la resaca de la pandemia de COVID-19 y los coletazos de la crisis de las cadenas mundiales de suministro[23]. La congestión aflora cuando la infraestructura portuaria no puede hacer frente a la capacidad, esto es, demasiados buques de carga necesitan atracar para descargar o cargar en relación con los que un puerto puede manejar, a lo cual se une la incapacidad del transporte terrestre posterior para mover la carga hasta su destino final. Las dificultades en la respuesta a un creciente incremento en la demanda, unida a las deficiencias significativas en términos de equipamiento, personal y volumen de almacenamiento, tanto en terminales marítimas como en sus conexiones terrestres, así como la falta de digitalización de la industria marítima, agravan este problema en la cadena logística[24].

---

22 Es crucial examinar también este fenómeno desde una perspectiva jurídica que abarque tanto las implicaciones legales como los esfuerzos de los actores del tráfico marítimo para asegurar que las relaciones contractuales se ajusten eficazmente a los cambios en las rutas. La capacidad de adaptación de los contratos a estas transformaciones logísticas es esencial para mitigar riesgos y garantizar la continuidad del comercio internacional. Para un análisis más exhaustivo sobre las consecuencias de la reordenación de las rutas marítimas desde una perspectiva contractual, vid. ROMERO MATUTE, B., «Fletamento y transporte de mercancías: La respuesta del derecho de los formularios a los cambios de derrota o de los viajes convenidos», *Revista de Derecho del Transporte Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, n.º 34, 2024.

23 Así destaca PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., «La incidencia del COVID-19 en el Transporte Marítimo. Notas a propósito de la BIMCO COVID-19 *Crew Change Clause For Time Charter Parties* 2020», cit., p. 778, que «[L]a pandemia ha supuesto, entre otras cosas, la ruptura de la tendencia de crecimiento experimentada en los últimos años por el tráfico marítimo y el conjunto de actividades que conectan con el mismo. Y, con ello, se han visto afectadas las actividades portuarias y logísticas, el abastecimiento y la distribución de todo tipo de productos que se transportan por mar (en menor medida, los que se mueven en en contendores por distintos modos, esto es, en régimen de multimodalidad), la gestión aduanera en cada país, la distribución a los empresarios y consumidores, etc. Ello explica el aumento de los costes de los transportes: el incremento del precio de los fletes mismos, por la escasez de recursos, aunque también los derivados de las demoras acumuladas en los puertos, saturados de buques que no estaban en condiciones de navegar. En suma, nunca hasta ahora se había manifestado con tanta severidad la formación de cuellos de botella en los procesos internacionales de distribución; quizás nunca hasta ahora se había constatado con tal intensidad la interdependencia de cada eslabón de las cadenas de distribución y logística».

24 En las terminales portuarias, un solo envío de carga puede alcanzar entre 10.000 y 20.000 contenedores (TEU), particularmente tras la nueva flota de megabuques portacontenedores. La congestión portuaria implica que los buques portacontenedores deben esperar fuera del puerto en el fondeadero hasta que haya un atracadero disponible, incluso por periodos de tiempo de dos semanas. *Vid.*, sobre distintos indicadores de desempeño portuario, UNCTAD, *La Gestión Portuaria*, vol. 11, 2023, (UNCTAD/DTL/TLB/2023/2).

Asimismo, la congestión portuaria se interrelaciona con el periodo de permanencia de los buques en los puertos. El denominado *Vessel Turnaround Time*[25] resulta ser el factor más influyente en el análisis de la eficiencia de las operaciones de transporte marítimo y la reputación de las instalaciones portuarias. Aunque a lo largo de los años, el tiempo en puerto de los buques había ido mejorando gradualmente, la pandemia de COVID-19 supuso un retroceso en los logros alcanzados, ya que obligó a que todos los buques pasaran más tiempo amarrados, no mejorando el tiempo de permanencia hasta finales de 2022[26]. No obstante, los datos arrojan diferencias esenciales en el rendimiento portuario de los puertos según su tamaño y calado; ello se debe al mayor nivel de automatización en grúas y patios de los de mayor capacidad y al tipo de tráfico que manejan (circulación mayoritaria de contenedores de exportación, importación o transbordo)[27]. Así, en particular, los portacontenedores suelen pasar más tiempo en los puertos de los países en desarrollo que en los de los países desarrollados.

Especialización de los puertos

En el escenario actual de la conectitividad portuaria, se está observando una tendencia hacia la consolidación de una élite de puertos y terminales de carga que aglutinan la mayor parte del movimiento de mercancías, con la consiguiente reducción de costes, intensificándose también la competencia entre ellos y la especialización según el tipo de tráfico, así como la integración en redes de transporte multimodal[28]. Los servicios marítimos intercontinentales han pasado del clásico itinerario con muchas escalas intermedias a concentrar progresivamente las escalas en los extremos inicial y final del servicio, redistribuyendo las cargas hacia puertos menores a través de las líneas *feeders*. Ello implica una reorganización no solo de las flotas marítimas (pues afecta al número y tamaño de los buques, particularmente a los megaportacontenedores y a los buques *feeders* que redistribuyen los contenedores a su destino final)

---

25 Conocido también como *tiempo de respuesta del buque o tiempo de escala* representa el tiempo total que un buque pasa en un puerto desde su llegada al fondeadero o atracadero hasta su salida del puerto.
Vid., al respecto, CHU, Z. YAN, R., WANG, S., «Vessel turnaround time prediction: A machine learning approach», *Ocean & Coastal Management*, vol. 249, 1 marzo 2024, 107021, https://doi.org/10.1016/j.ocecoaman.2024.107021; MARTÍNEZ, A., «Indicador de tiempo de respuesta portuaria El caso de Valencia», *Boletín UNCTAD Transporte y Facilitación del Comercio*, n.º 96, Tercer Trimestre 2022; COMTOIS, C., SLACK, B., *Ship Turnaround Times in Port: Comparative Analysis of Ocean Container Carriers*, CIRRELT-2019-20, Montreal, 2019.

26 La congestión del tráfico mundial obligó a los aseguradores de facultades a cubrir las cargas por más tiempo del previsto en las pólizas, pensadas para los plazos habituales previos a la pandemia, y a aumentar las sumas aseguradas. El sector asegurador se enfrentó, sin duda, al reto de reevaluar los riesgos en un escenario completamente nuevo y cambiante.

27 Cfr. UNCTAD, *Informe Sobre El Transporte Marítimo 2023 Panorama General. Hacia una transición verde y justa*, Ginebra, 2023, pp. 16 y 17 (https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2023overview_es.pdf, consulta 30/10/2024).

28 Vid. RÚA COSTA, C., *Los puertos en el transporte marítimo*, IOC-DT-P-2006-8 Gener 2006, pp. 1 a 21.

sino también una reestructuración de las redes marítimas[29], que se diversificarían entre los grandes corredores marítimos y los *short sea shipping*, esto es, el transporte marítimo de corta distancia.

También hay que destacar como factor esencial de competencia entre los puertos los avances tecnológicos encaminados a la digitalización de los mismos. Los *Smart Port* o puertos inteligentes representan una evolución trascendental en la gestión y operatividad portuaria, integrando tecnologías avanzadas como Internet de las Cosas (IoT), Inteligencia Artificial (IA), *blockchain* y análisis de grandes volúmenes de datos (*big data*) y la automatización para predecir eventos (*machine learning* de regresión)[30]. Con la implementación de las nuevas tecnologías no solo se posibilita optimizar la eficiencia operativa y la interacción de los buques con las infraestructuras portuarias, sino que se refuerza la seguridad en el ámbito portuario y se promueve la integración de los puertos en cadenas de suministro globales inteligentes o redes de puertos inteligentes. A medida que estas tecnologías continúen evolucionando, es probable que veamos una mayor automatización, interoperabilidad y eficiencia en los puertos de todo el mundo, redefiniendo las prácticas logísticas tradicionales y estableciendo nuevos estándares de rendimiento y sostenibilidad en el sector marítimo.

Envejecimiento de la flota

A pesar de la tendencia apuntada, estamos asistiendo, sin embargo, al envejecimiento de la flotal mundial. La vida útil de un buque es de unos 25 a 30 años como máximo aproximadamente. A comienzos de 2023, los buques mercantes tenían una edad media de 22,2 años. En promedio, comparándolo con la situación de 10 años atrás, la flota mundial ha envejecido 2 años, alcanzando más de la mitad de la flota la edad de 15 años[31]. La optimización de la flota existente –y no su reemplazo– ha sido la respuesta natural de los armadores ante las incertidumbres sobre el desarrollo tecnológico futuro y su viabilidad técnica –no solo desde la perspectiva del diseño de los buques y sus motores, sino también desde la óptica de las competencias de la tripulación–, sobre la disponibilidad y el costo de los combustibles alternativos más eficientes, las dificultades de su almacenamiento a bordo y la disponibilidad de infraestructuras de repostaje y, finalmente, ante la proliferación de cambios en las regulaciones ambientales. Estos factores han influido en la decisión de mantener en

29 Cfr. GONZÁLEZ LAXE, F., FREIRE SEOANE, M. J., PAIS MONTES, C., «La conectividad portuaria a nivel mundial análisis de sus implicaciones», en AA.VV., *El derecho marítimo de los nuevos tiempos*, dir. por GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. – QUINTANS EIRAS, M .ª R., DÍAZ DE LA ROSA, A., Pamplona, Civitas, 2018, pp. 85 a 103, en particular 86 y 88.Asimismo, CABALLÉ VALLS, J., GARCÍA ALONSO, L., «La actividad portuaria en el contexto actual», *Anuario de Estudios Marítimos*, vol. II., pp. 241 a 263.

30 Vid., al respecto, FONTESTAD PORTALÉS, L., *Navegando hacia el futuro: propuestas de reformas procesales en la LNM y el impacto de la inteligencia artificial en el transporte marítimo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 240 a a 244.

31 Cfr. UNCTAD, *Informe Sobre El Transporte Marítimo 2023. Panorama General. Hacia una transición verde y justa*, *cit*., p. 11.

funcionamiento los buques más antiguos, lo que refleja una tendencia hacia la decadencia de la flota mundial, a pesar de que los costos de mantenimiento y los precios de los seguros provocan que un buque envejecido generalmente vaya disminuyendo su rentabilidad conforme se prolonga su vida útil.

Desequilibrio entre la oferta y demanda de transporte marítimo contenerizado

En los últimos años se está asistiendo además a la dificultad de equilibrar la oferta y la demanda de transporte marítimo global. De hecho, en 2022, el comercio de contenedores, medido en toneladas métricas, experimentó una disminución del 3,7 por ciento. Aunque se proyecta un aumento del 1,2 por ciento en 2023 y se espera que supere el 3 por ciento en el período 2024-2028, según la UNCTAD, este crecimiento se sitúa por debajo del promedio del 7 por ciento registrado en las últimas tres décadas. En cuanto a la oferta, el transporte de contenedores podría ingresar, sin embargo, en una fase de sobrecapacidad, particularmente por la llegada de nuevos portacontenedores desde 2023[32].

Para hacer frente a esta sobrecapacidad, las empresas de transporte marítimo están implementando diversas estrategias. Estas incluyen la reorganización de rutas para optimizar la eficiencia, la reducción de frecuencias de salida, la disminución de la velocidad de navegación como medida de ahorro de combustible y la inactividad temporal de buques o, incluso, su envío a desguace. Estas medidas son parte de un esfuerzo continuo por adaptarse a las condiciones del mercado y mantener la viabilidad económica en un entorno de competencia global.

Retos derivados de la descarbonización

La capacidad de carga efectiva podría verse limitada también en un futuro de la mano de la incertidumbre ligada a la transición energética y al cumplimiento de regulaciones ambientales de la Organización Marítima Internacional (OMI), concretamente el *Índice de eficiencia energética aplicable a los buques existentes* (EEXI) y el *Indicador de intensidad de carbono* (CII), previstos en el anexo VI (Prevención de la Contaminación Atmosférica por Buques) del *Convenio Internacional para la Prevención de la Contaminación por los Buques* (MARPOL), de 2 de noviembre de 1973, y en otras normas comunitarias como el Reglamento (UE) 2015/757 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, *relativo al seguimiento, notificación y verificación de las emisiones de dióxido de carbono generadas por el transporte marítimo y por el que se modifica la Directiva 2009/16/CE* y el Reglamento (UE) 2023/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023, *relativo al uso de combustibles renovables y combustibles hipocarbónicos en el transporte marítimo y por el que se modifica la Directiva 2009/16/CE*. Desde el 1 de enero de 2023, es obligatorio el cálculo del índice de eficiencia energética aplicable a los buques existentes y tambien

32 Cfr. UNCTAD, *Informe Sobre El Transporte Marítimo 2023. Panorama General. Hacia una transición verde y justa*, *cit*., p. 3.

el informe de su indicador de intensidad de carbono operacional anual obtenido y de su calificación. Para lograr una buena calificación en el indicador de intensidad de carbono (A, B o C)[33], los buques tienen que navegar de manera más eficiente. Las medidas destinadas a reducir la huella de carbono del sector marítimo[34], probablemente, tendrán como consecuencia una disminución de la capacidad de transporte debido a la imposición de velocidades de navegación más lentas, la necesaria optimización de las rutas e incluso el desguace de algunos buques[35].

Just-in-time operations

Entre las medidas encaminadas a reducir o eliminar la huella de carbono en el ámbito del transporte marítimo, destacan los avances encaminados a la optimización de las rutas marítimas. Partiendo de la base de que la cantidad de energía usada por un buque depende de su tamaño y velocidad y, teniendo en cuenta que, generalmente, cuando un buque llega a un puerto antes de que estén disponibles los recursos necesarios para atracar o para realizar las operaciones de carga o descarga, se ve obligado a fondear y esperar fuera de puerto, se proponen inicativas de coordinación, de modo que los buques puedan bajar su velocidad para llegar justo a tiempo para atracar, sin tener que fondear previamente (*just-in-time* operations, en adelante, JIT)[36]. Los beneficios de la operativa de llegada JIT son más amplios, pues

33 En 2022, dos terceras partes de la flota mundial recibieron calificaciones de la A a la C, lo que significa que cumplían la normativa. No obstante, a la vista de la nueva regulación, en 2026 esa proporción podría quedarse en un 49 por ciento.

34 *Vid*., al respecto, el *Fourth IMO Green House Gas Study 2020*, donde se contempla que las emisiones del transporte marítimo aumentarán de 1000 Mt CO2 en 2018 a un rango de 1000 a 1500 Mt CO2 para 2050. Puede consultarse en https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Fourth-IMO-Greenhouse-Gas-Study-2020.aspx.
Para combatir este escenario, la OMI a través del Comité de protección del medio marino (MEPC), en su 80.º periodo de sesiones (3 al 7 de julio de 2023) ha adoptado la *Estrategia de 2023 de la OMI sobre la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) procedentes de los buques*, con objetivos reforzados para alcanzar unas emisiones netas nulas de GEI cerca de 2050 y potenciar la adopción de combustibles alternativos con emisiones nulas o casi nulas de GEI de aquí a 2030 https://www.imo.org/es/MediaCentre/MeetingSummaries/Paginas/MEPC-80.aspx.

35 Precisamente para mitigar el impacto de estas nuevas regulaciones relativas a la intensidad del carbono sobre la operativa de los buques, se han redactado por BIMCO las denominadas cláusulas de eficiencia energética, que tienen el propósito de garantizar el cumplimiento de toda la nueva normativa sobre emisiones mediante un régimen de colaboración equilibrado entre fletadores y armadores. Los mencionados modelos de cláusulas son la *EEXI Transition Clause for Time Charter Parties*, 2021; *CII Operations Clause for Time Charter Parties*, 2022; *CII Clause for Voyage Charter Partie*, 2022; *Emissions Trading System Allowances Clause for Time Charter Parties* (ETSA), 2022.
Vid., al respecto, GABALDÓN GARCÍA, J. L., «Las cláusulas de BIMCO sobre control de emisiones en el fletamento por tiempo», en Naucher Global, 14 de julio de 2023.

36 Cfr. UNCTAD, «Digitalizing The Port Call Process», *Transport And Trade Facilitation*, Series N.º 13, 2020 (UNCTAD/DTL/TLB/2019/2) (https://unctad.org/system/files/official-document/dtltlb2019d2_en.pdf#:~:text=Coordinating%20ship%20and%20port%20calls%20activities%20so%20that,of%20fuel%20and%20thereby%20reduce%20greenhouse%20gas%20emissions, consulta 30/10/2024); LIND, M., BERGMANN, M., WATSON, R. T., BJORN-ANDERSEN, N., HARALDSON,

permiten ajustar y optimizar la velocidad durante la travesía, procurando no solo una reducción de las emisiones de gases contaminantes, sino que la llegada al punto de embarque del práctico cuando esté garantizada la disponibilidad de atraque o del paso de navegación, supondrá una intensa optimización de las escalas portuarias. Se aumentará igualmente la competitividad de los puertos que podrán realizar una mejor planificación de sus recursos y permitirá una mejor sincronización del transporte marítimo con otros medios de transporte que le antecedan o le sigan en la cadena de suministro[37].

Corredores verdes

La evolución constante del comercio mundial, de la mano de los cambios en la economía y la política mundial, ha propiciado la aparición de nuevas rutas y corredores comerciales, que obligan a los operadores a identificar las mejores opciones de transporte y de logística, aprovechando las oportunidades que ofrecen los derroteros emergentes. En este contexto resulta fundamental el diseño de los denominados *corredores verdes*, impulsados por la *Clydebank Declaration for Green Shipping Corridors*, firmada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP26) el 10 de noviembre de 2021 por veintidós países, entre ellos España[38]. Se sienta, así, el primer marco para crear rutas comerciales marítimas con cero emisiones. La iniciativa busca aunar el interés de los gobiernos, de las autoridades portuarias y de los operadores del tráfico para que se comprometan a descarbonizar rutas específicas de puerto a puerto. El enfoque de los corredores permite a los gobiernos incentivar primero y, eventualmente, exigir que sólo los barcos con cero emisiones puedan viajar, por ejemplo, de Shanghai a Los Ángeles o

---

S. ANDERSEN, T., WARD, R., ROSEMANN, M., KARLSSON, M., ZEREM, A., JEPPE SKOVBAKKE, J., SANRICCA, M., «Port Call Efficiency the benefits of coordination and synchronization», *Sea Traffic Management*, 15 de junio de 2018.
También BIMCO ha realizado esfuerzos redactando una propuesta de cláusula, denominada *Just In Time Arrival Clause for Voyage Charter Parties*, 2021, para ser incorporada en los contratos de fletamento por viaje en los que los propietarios y los fletadores hayan acordado aplicar un esquema de llegada justo a tiempo que permita a los fletadores pedir a los propietarios que optimicen la velocidad del buque para llegar a un destino en el momento acordado, de modo que se posibilite un ahorro de combustible, y se coadyuve a la descongestión de los puertos. Anteriormente, había redactado sendas cláusulas de navegación lenta para ambas modalidades de fletamento (BIMCO S*low Steaming Clause for Time Charter Parties* 2011 y *Slow Steaming Clause for Voyage Charter Parties* 2012) con el objetivo de lograr un equilibrio justo entre los intereses de las partes (pensando también en el de los titulares de conocimientos de embarque) en atención a los altos precios del combustible y del aceite lubricante.

37 *Vid.* OMI, *Guía de la llegada justo a tiempo. Obstáculos y posibles soluciones*, Londres, 2020, pp. 8 y 9. Es interesante la perspectiva práctica que podemos encontrar en L*a Navegación Just-In-Time asegura una reducción significativa de los costes del Transporte Marítimo, Revista del Sector Marítimo. Ingeniería naval*, 6 de marzo de 2020 (https://sectormaritimo.es/la-navegacion-just-in-time-asegura-una-reduccion-significativa-de-los-costes-del-transporte-maritimo#share, consulta 25/10/2024).

38 Los demás países firmantes son Bélgica, Canadá, Chile, Costa Rica, Dinamarca, Fiyi, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Japón, República de las Islas Marshall, Marruecos, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Palaos, Singapur, Suecia, El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América.

de Rotterdam a Nueva York. En el marco del *World Ports Climate Initiative*[39], en este ámbito, destacan también los esfuerzos e incentivos que se están realizando para la implementación en las instalaciones portuarias de la tecnología OPS (*Onshore Power Supply*), encaminada a reducir las emisiones y la contaminación ambiental en los puertos mediante el suministro de energía eléctrica desde tierra a los buques atracados. También llamada *Cold Ironing, Alternative Maritime Power* (AMP) o Shore-to-Ship Power (SSP), consiste básicamente en conectar los buques a la red eléctrica terrestre durante su estancia en puerto, de forma que los motores auxiliares que utilizan actualmente para mantener en funcionamiento las bombas de trasiego, los sistemas de refrigeración, iluminación y los equipos de emergencia, entre otros, puedan mantenerse apagados durante la carga y descarga de mercancías[40]. La implementación de OPS está respaldada por diversas textos normativos nacionales e internacionales, desde el *Acuerdo de París*, adoptado en 2015 con arreglo a la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992[41], el Convenio MARPOL –Anexo VI–, hasta el Reglamento (UE) 2023/1804 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023, *relativo a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos y por el que se deroga la Directiva 2014/94/UE*, en particular su artículo 9.º Se prevé que el suministro de electricidad en tierra debe estar disponible antes del 31 de diciembre de 2029 en los puertos marítimos de las redes básica y global de la Red Transeuropea de Transporte (RTE-T) cuyo promedio anual de escalas de buques portacontenedores de navegación marítima de más de 5.000 toneladas brutas, amarrados en el muelle en los tres últimos años, sea superior a cien. Con ello, también se incrementa de forma indirecta la presión a los armadores para que adapten sus buques, ya que los puertos que proporcionen electricidad en tierra podrían imponer restricciones o incentivos a los buques para que utilicen OPS mientras están atracados, en consonancia con las exigencias previstas en el citado Reglamento (UE) 2023/1805, *relativo al uso de combustibles renovables y combustibles hipocarbónicos en el transporte marítimo y por el que se modifica la Directiva 2009/16/CE*, aplicable desde el 1 de enero de 2025.

Conflictos geopolíticos y piratería

En este escenario, la piratería, el terrorismo y el impacto de los conflictos bélicos actualmente existentes complican aún más el panorama del transporte marítimo global.

Por un lado, la peligrosidad de algunas rutas marítimas importantes viene determinada por elevada tasa de asalto a los buques. La República Federal de Somalia,

39 https://sustainableworldports.org/ (consulta 30/10/2024).

40 *Vid.*, al respecto, MARINACCI, C., MASALA, R., RICCI, S., TIERI, A., «Technical-economical analysis of cold-ironing: case study of Venice cruise terminal», en *MARINE V*: *Proceedings of the V International Conference on Computational Methods in Marine Engineering*, CIMNE, Hamburgo, 2013, pp. 564 a 574.

41 Entró en vigor el 21 de marzo de 1994. España la firmó en junio de 1992, y la ratificó en diciembre de 1993 [*BOE* n.º 27, de 1 de febrero de 1994, https://www.boe.es/eli/es/ai/1992/05/09/(1)].

situada en el este del continente africano, ha sido la zona marítima más peligrosa del mundo desde los años noventa debido a la piratería. Igualmente conflictivo se está evidenciando desde 2020 el Golfo de Guinea, habiéndose recomendado por la OMI a los buques que transitan por la zona que mantengan una distancia mínima de 250 millas náuticas, respecto a la costa, a pesar de ser una de las principales rutas que abastece Europa[42]. Como destaca la *Division por Ocean Affairs and the Law of the SEA* de Naciones Unidas, los actos de piratería amenazan la seguridad marítima al poner en peligro, en particular, el bienestar de los marinos y la seguridad de la navegación y el comercio, pudiendo dar lugar a pérdida de vidas, daños físicos o toma de rehenes de marinos, perturbaciones importantes del comercio y la navegación, pérdidas financieras para los armadores, aumento de las primas de seguros y de los costos de seguridad, mayores tarifas para los consumidores y productores, y daños al medio ambiente marino[43].

De otro lado, la guerra de Ucrania y las restricciones económicas conexas a ella han extendido su influencia más allá de Europa y el área de conflicto[44]. Desde comienzos de 2022, a causa de ello, asistimos a un cambio de las pautas del transporte marítimo, especialmente en los embarques de los buques graneleros y los buques tanque, y a un aumento de las toneladas-millas debido a las distancias que se recorren para el abastecimiento mundial de productos básicos. En 2023, las distancias recorridas por las cargas de petróleo alcanzaron niveles desconocidos, pues Rusia se vió obligada a buscar nuevos mercados de exportación a la vez que Europa sustituía a sus proveedores de energía. Los embarques de cereales también recorrieron mayores distancias náuticas en 2023 que las registradas en ningún otro año, a la vez que se buscan corredores alternativos al Mar Negro por aguas interiores, como el río Danubio, o por tierra, para llegar a puertos marítimos en Rumania. El crecimiento en toneladas-milla, según las previsiones, también se evidenciará en 2024[45].

---

42 Hay que destacar las estipulaciones o modelos de cláusulas contractuales propuestas por BIMCO para ser incorporadas, en su caso, a las pólizas de fletamento, en relación con los actos de piratería, las cuales han sido objeto de una profunda revisión en el año 2013. Existen, en efecto, tres cláusulas referidas al riesgo de actos de piratería: la principal, la BIMCO *Piracy Clause for Time Charter Parties,* complementada con las específicas para las otras modalidades de fletamento, la P*iracy Clause for Consecutive Voyage Charter Parties and COAs* y la *Piracy Clause for Single Voyage Charter Parties. Vid*., al respecto, ROMERO MATUTE, B., «Fletamento y transporte de mercancías: La respuesta del derecho de los formularios a los cambios de derrota o de los viajes convenidos», *Op. cit.*

43 *Piracy Under International Law* [https://www.un.org/depts/los/piracy/piracy.htm (consulta 30/10/2024)].
Vid., sobre la protección contra la piratería y los robos a mano armada, GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, *cit*., pp. 248 a 254.

44 *Vid*., al respecto, ROCA LÓPEZ, M., «Efectos jurídicos de la guerra de Ucrania sobre los contratos de fletamento y respuestas prácticas a 15 disputas reales», LMA Legal, https://www.lmalegal.co.uk/guerra-ucrania-fletamentos/ (consulta 30/10/2024).

45 Cfr. UNCTAD, *Informe Sobre El Transporte Marítimo 2023. Panorama General. Hacia una transición verde y justa*, *cit*., pp. 5, 7 y 8.

Asimismo, el Canal de Suez que, como se ha señalado, conecta el Mar Mediterráneo con el Mar Rojo y resulta esencial para el comercio internacional al permitir una ruta más directa entre Europa y Asia, enfrenta una crisis sin precedentes debido a los ataques de rebeldes hutíes de Yemen, impactando significativamente sobre el flujo de navíos y planteando desafíos económicos, logísticos y medioambientales considerables. Desde noviembre de 2023, los rebeldes yemenitas han intensificado sus ataques contra buques en el estrecho de Bab al Mandab, un canal de 32 kilómetros de ancho que separa el noreste de África de Yemen, en la Península Arábiga, y que es crucial para el tráfico marítimo entre el mar Rojo y el Canal de Suez. La estrategia de los hutíes, que incluye el ataque a buques vinculados con Israel como represalia por la guerra en Gaza, ha provocado una reducción significativa en el volumen de comercio a través del Canal de Suez, con una caída del 42 por ciento en comparación con el mismo período del año anterior[46]. En cifras globales el impacto económico es muy relevante, pues se estima que el 13 por ciento del tráfico marítimo mundial, el 30 por ciento del tráfico de contenedores y el 40 por ciento del comercio total entre Asia y Europa transita por estrecho de Bab al Mandab cada año[47].

Como consecuencia de este escenario, el pasado 18 de diciembre de 2023 el *Joint War Committee* amplió las áreas declaradas de alto riesgo en el Océano Índico, el Golfo de Adén y la región del sur del Mar Rojo[48]. Igualmente, estas tensiones han provocado un importante desvío de mercancías hacia el transporte aéreo, incrementándose el volumen de la ruta por aire entre Oriente Medio y Europa un 46,1 por ciento en tasa interanual a fecha de agosto de 2024.

---

46 *Vid*. UNCTAD, *Navigating troubled waters: Impact to global trade of disruption of shipping routes in the Red Sea, Black Sea and Panama Canal*, febrero 2024, p. 9. Accesible en https://unctad.org/system/files/official-document/osginf2024d2_en.pdf, consulta 30/10/2024.

47 Cfr. CAMARERO ORIVE, A., «La geopolítica del Mar Rojo y su influencia en el comercio mundial», *Transporte XXI,* 15 de febrero 2024 (https://www.transportexxi.com/la-geopolitica-del-mar-rojo-y-su-influencia-en-el-comercio-mundial/, consulta 30/10/2024).

48 El *Comité Conjunto de Guerra* es un organismo compuesto por representantes de aseguradores de los mercados de *Lloyd's y de la International Underwriting Association of London* (IUA) que suscriben pólizas de seguro –o cláusulas– de guerra de cascos marinos en el mercado de Londres. Su principal función es monitorear y analizar las condiciones geopolíticas y de seguridad en diferentes regiones marítimas para definir las áreas de alto riesgo de guerra o conflictos armados en las cuales los buques pueden operar. Ello es esencial para determinar las *war risk premiums* que sus propietarios deben pagar para cubrir los riesgos asociados con la navegación en zonas conflictivas. *Vid*., al respecto, https://www.lmalloyds.com/LMA/Underwriting/Marine/Joint_War_Committee/LMA/Underwriting/Marine/JWC/Joint_War.aspx?hkey=73ccbdee-f3f8-4531-a607-99577af14421, consulta 30/10/2024. Por su parte, la OMI también formula orientaciones para los Gobiernos, propietarios y armadores de buques, capitanes y tripulaciones sobre la prevención y represión de actos de piratería y robos a mano armada perpetrados contra los buques, sobre investigación de delitos y acerca del empleo de personal armado a bordo de los buques. Las denominadas *Mejores prácticas de gestión*, elaboradas por el sector del transporte marítimo (BIMCO, ICS, IGP&I Clubs, INTERTANKO y OCIMF) y respaldadas por la OMI, esbozan los procedimientos apropiados que han de emplearse para responder a los actos o tentativas de actos de piratería y robos a mano armada perpetrados contra los buques en regiones específicas (*vid*. MSC/Circ. 623 Rev. 3/2002). La versión actual es la BMP5, *Best Management Practices to Deter Piracy and Enhance Maritime Security in the Red Sea, Gulf of Aden, Indian Ocean and Arabian Sea*, June 2018 (https://www.ukmto.org/best-management-practices, consulta 16/10/2024).

Adicionalmente, también han ocurrido incidentes bélicos en el Estrecho de Ormuz, como el acontecido el pasado 13 de abril de 2024. El portacontenedores MSC Aries fue abordado y apresado por la Guardia Revolucionaria de Irán y conducido a aguas iraníes, alegando precisamente «la violación de las normas marítimas internacionales y la falta de respuesta a las autoridades iraníes»[49]. Este buque, de bandera portuguesa y 14.300 TEU de capacidad, acababa de realizar una escala en el Puerto de Khalifa, en los Emiratos Árabes Unidos, dirigiéndose con la carga a bordo para su próxima escala en Nhava Shiva, India.

Ante los riesgos que van sobreviniendo a cuenta de los distintos conflictos, muchas navieras optan por navegar por rutas alternativas, como el largo desvío alrededor del Cabo de Buena Esperanza (África), pese a los costos adicionales significativos en combustible y tiempo y la dificultad de desviar particularmente los megaportacontendores[50]. Así, el volumen transitado por la costa sudafricana, se ha incrementado un 67 por ciento. En comparación con la ruta por el Mar Rojo, el desvío añade alrededor de 3.500 millas náuticas (6.500 km) y de diez a doce días de navegación a cada viaje. Ello requiere combustible adicional, implica la necesidad de encontrar puertos de escala alternativos y ajustar los cronogramas de entrega. Esta decisión, sin embargo, está prevaleciendo ante los riesgos de ataques y su impacto sobre la integridad física de la tripulación, las primas más altas por la activación de las cláusulas de guerra en las pólizas de seguros[51], y los retrasos impredecibles.

La crisis tiene implicaciones amplias, para el transporte marítimo en sí, pues tensiona las cadenas de suministro mundiales, así como para la seguridad energética y el medio ambiente. La necesidad de recorrer distancias mayores no solo incrementa los costos de las operaciones[52], sino también las emisiones de carbono a la atmós-

---

49 Cfr. rueda de prensa del portavoz del Ministerio de Exteriores iraní, Naser Kananí. Afirmó que el buque «pertenece al régimen sionista» y está siendo investigado por «las autoridades competentes». Y aseguró que Irán está «comprometido con la libre navegación en el estrecho de Ormuz» de acuerdo con el derecho internacional y que «Irán está vigilando todo el tráfico en este estrecho estratégico en el marco de la protección de sus intereses nacionales y soberanía territorial, y tiene un control total y responsable de todos los elementos de entrada y salida» Teherán, 15 abril de 2024 (EFE).

50 Es significativo el caso de Maersk que, tras los ataques sufridos a finales de 2023 en su buque *Maersk Hangzhou* por parte de los rebeldes hutíes del Yemen, suspendió el tránsito de sus buques por el Mar Rojo y el Golfo de Adén en dirección al Canal de Suez, anunciando su desvío hacia el sur, alrededor del Cabo de Buena Esperanza. *Vid*., al respecto, la noticia publicada en el *Diario del Puerto* el 05 enero 2024 en https://www.diariodelpuerto.com/maritimo/maersk-mantiene-el-desvio-de-sus-buques-en-el-mar-rojo-LK18125943, consulta 3010/2024.

51 *Vid*. UNCTAD, *Navigating troubled waters: Impact to global trade of disruption of shipping routes in the Red Sea, Black Sea and Panama Canal*, *cit*., p. 15.
Vid., al respecto, la noticia publicada en *El Mercantil*, «Las navieras ya trasladan con recargos el alza de los seguros de las rutas marítimas con Israel», Madrid, 13 de octubre de 2023.

52 En este sentido, destaca RASMUSSEN, N., *BIMCO Container Shipping Market Overview & Outlook* June 2024, 27 de junio de 2024 (https://www.bimco.org/news/market_analysis/2024/20240627-smoo-container, consulta 30/10/2024), que «[L]as tarifas de flete por tiempo en junio aumentaron un 113% en comparación con fines de 2023, ya que los operadores de línea han intentado encontrar

fera para entregar la misma carga, contrariando los esfuerzos por descarbonizar la industria naviera, y el aumento repentino del ruido submarino, lo que puede afectar a las poblaciones de peces y a los cetáceos. Tampoco hay que olvidar las duras condiciones climáticas que a veces enfrentan los buques que navegan por el extremo sur de África, lo que incrementa también los riesgos a cubrir por el seguro marítimo. En todo caso, sea por la necesidad de desviar la ruta o por recorrer rutas de alto riesgo, los seguros para buques han visto incrementadas significativamente sus primas, lo que se traduce en otro factor que aumenta la complejidad del comercio marítimo internacional[53].

Cambio climático

Las rutas marítimas se están viendo también influenciadas por el cambio climático al implicar importantes alteraciones en las condiciones físicas y ambientales de los océanos.

De un lado, como consecuencia de las olas de calor y la disminución de las precipitaciones, estamos asistiendo a una reducción aproximadamente del 49 por ciento de los flujos de buques que atraviesan el Canal de Panamá. Esta ruta, que conecta los océanos Pacífico y Atlántico, depende en gran medida del lago Gatún, que actúa como un reservorio de agua para mantener su nivel de agua y así permitir el paso seguro de los buques. La sequía que afecta al lago Gatún está reduciendo la capacidad del canal para operar con normalidad. Además, cuando los niveles de agua en el lago Gatún disminuyen, la Autoridad del Canal de Panamá se ve obligada a reducir el calado permitido para los buques que transitan por el canal. La eficiencia y rentabilidad de la navegación a través de esta ruta se ve afectada no solo por los retrasos sino por la disminución de la capacidad de carga de los buques para evitar encallar en el canal[54]. Una de las rutas alternativas que se está utilizando para aliviar la saturación del Canal de Panamá es el Corredor Interoceánico del Istmo de

---

los barcos necesarios para adaptarse a las distancias más largas a través del Cabo de Buena Esperanza. El índice de flete en contenedores de China (CCFI), que mide las tarifas de flete promedio para las exportaciones chinas, es un 90% más alto en junio que a fines de 2023».

53 Aunque es habitual que las pólizas de fletamento contengan cláusulas específicas relativas a los conflictos bélicos, a la vista de los que se han ido evidenciando en los últimos años, es también cada vez más frecuente que las partes incorporen en sus contratos cláusulas de guerra hechas a medida, como las cláusulas de riesgos de guerra de BIMCO, CONWARTIME y VOYWAR, respectivamente para contratos de fletamento por tiempo y por viaje, revisadas por última vez en 2013, y la BIMCO *War Cancellation Clause*, revisada en 2004 (consúltese, al respecto, ROMERO MATUTE, B., op. últ. *cit*.). Teniendo en cuenta el panorama geopolítico y la importancia de estas cláusulas, se está llevando a cabo durante el presente año 2024 una nueva revisión profunda para garantizar que las disposiciones contractuales se ajusten a las necesidades comerciales y a las exigencias de las coberturas aseguradoras.

54 La cláusula *Stoppage of Canals and Waterways*, conocida como CONWAY, redactada por BIMCO en 1968 para ser incorporada a los contratos de fletamento por viaje en los supuestos de paralización de canales y otras vías navegable, ha cobrado recientemente actualidad dadas las incidencias que presenta precisamente el Canal de Panamá. Más ampliamente, ROMERO MATUTE, B., *op*. últ. cit.

Tehuantepec en México. Este proyecto, conocido como el *Tren Interoceánico*, conecta los océanos Pacífico y Atlántico a través de una línea ferroviaria de aproximadamente 300 kilómetros que va de Salina Cruz (Oaxaca) a Coatzacoalcos (Veracruz). Inaugurado recientemente, este corredor puede proporcionar una opción adicional para el comercio internacional.

De otro, el retroceso de los glaciares y el deshielo del Océano Glaciar Ártico y sus mares adyacentes posibilita una ampliación de su accesibilidad con la consiguiente intensificación de las rutas marítimas del norte, históricamente obstruidas por los "hielos eternos"[55]. En particular, la Ruta del Noroeste, que comienza en el Estrecho de Davis y culmina en el Estrecho de Bering, atravesando diversos archipiélagos canadienses, en la última década ha estado operativa durante aproximadamente dos meses al año, posibilitando el tránsito de buques de casco reforzado o con la asistencia de rompehielos, incluso en el invierno ártico. Por su parte, la Ruta del Noreste proporciona un pasaje que atraviesa Euroasia a lo largo de la costa norte rusa. Esta ruta conecta directamente los océanos Pacífico y Atlántico, discurriendo la travesía desde el Mar de Barents hasta el Pacífico, pasando por el estrecho de Bering. Aunque limitada su utilidad a tránsitos locales, también en la última década se ha mantenido abierta durante aproximadamente tres meses al año, lo que permitió los primeros viajes en pleno invierno sin la necesidad de rompehielos[56]. Se avanza, incluso, la viabilidad de una ruta «transpolar» en el verano ártico dentro de unos diez años[57]. Esta ruta promete reducir la distancia de viaje entre Europa y Asia en hasta un 40 por ciento, en comparación con las rutas tradicionales que operan a través del Canal de Suez o el Canal de Panamá, pues implica cruzar directamente el Polo Norte, a diferencia también de las otras rutas árticas.

Las rutas árticas presentan grandes ventajas, no solo por la eficiencia que supone la reducción de las millas náuticas y el coste de los fletes, sino también por servir de rutas alternativas a canales tensionados, como el de Suez[58], o congestionados,

---

55 Vid. MANERO SALVADOR, A., *El deshielo del Ártico: retos para el Derecho Internacional. La delimitación de los espacios marinos y la protección y preservación del medio ambiente*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011; SMITH, L. C. - STEPHENSON S. R., *New Trans-Artic shipping routes navigable by midcentury*, University of California, Los Angeles. 2013; TSCHUDI, F. H., *The Northern Sea Route to and from Asia today and the future*, Oslo, 2012.

56 FUSTER LEAL, R., «El deshielo ártico y las nuevas rutas de navegación desde una perspectiva comercial internacional», *El Radar*, 24 de mayo de 2023, https://www.elradar.es/el-deshielo-artico-y-las-nuevas-rutas-de-navegacion-desde-una-perspectiva-comercial-internacional/.

57 SIRVENT ZARAGOZA, G., «Nuevas rutas de navegación a través del Ártico», en AA.VV., *Energía y clima en el área de la seguridad y la defensa Escuela de Altos Estudios de la Defensa,* Documentos de Seguridad y Defensa n.º 58, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013, pp. 197 a 215, en particular, pp. 207 y 208.

58 El recorrido de la Ruta Noreste entre puertos situados al norte de Europa y de Asia-Pacífico es un 40 por ciento inferior que el de la ruta convencional que atraviesa el Canal de Suez [AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F., *La geopolítica ártica después de la guerra de Ucrania* (Documento Análisis 34/2023). Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2023, https://www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs_analisis/2023/DIEEEA34_2023_FEDAZ_Ucrania.pdf, consulta 30/10/2024].

por falta de agua, como el de Panamá[59], o por exceso de tráfico, como el de Malaca, evitando los largos viajes a través del Cabo de Buena Esperanza o el Cabo de Hornos. Además son rutas, en principio, exentas de amenazas como la piratería y el terrorismo internacional.

El control del paso por estas rutas, indefectiblemente, implicará nuevas tensiones geopolíticas, pues se trata de un espacio en el que concurren tres continentes, a los que se está dando acceso simultáneamente[60]. Además, el crecimiento de la navegación ártica no sólo depende del deshielo, sino que necesariamente habrá de ir acompañada de un desarrollo de las infraestructuras necesarias para dotarla de los servicios necesarios para apoyar la navegación, incluyendo puertos de refugio y puntos de aprovisionamiento, estaciones meteorológicas avanzadas y servicios de búsqueda y rescate. La innovación en el diseño de buques árticos, incluyendo las tecnologías de energía limpia y mejoras en la capacidad de rompimiento de hielo, las técnicas de navegación avanzada para operar en condiciones extremas, así como la capacitación de la tripulación, serán elementos cruciales igualmente para el éxito de estas rutas. Hay que tener en cuenta, también, que dichas condiciones metereológicas y su naturaleza cambiante pueden causar retrasos impredecibles, afectando la puntualidad y la planificación logística. Igualmente, la navegación ártica aumenta los riesgos medioambientales, no sólo por el riesgo de derrames de petróleo, que pueden tener efectos devastadores en su ecosistema, altamente sensible y de recuperación lenta, sino también porque la presencia de buques puede afectar la fauna ártica, incluyendo mamíferos marinos y aves migratorias, debido al ruido y la posible colisión. Por todo ello, tampoco serán desdeñables las sobreprimas de las pólizas de seguro que cubran la navegación por estas rutas, debido a la cobertura de riesgos intrínsecos como las bolsas de hielo remanentes, los icebergs a la deriva, la noche polar o las duras condiciones climatológicas y sus consecuencias sobre los propios buques, las mercancías transportadas o el medioambiente[61].

---

59 Se estima que se reduce en un 15 por ciento la distancia recorrida entre la costa atlántica norteamericana y Asia Oriental si se emplea la Ruta del Noroeste en lugar de la del Canal de Panamá (AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F. *La geopolítica ártica después de la guerra de Ucrania*, *Op. cit.*).

60 AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F., *La geopolítica ártica después de la guerra de Ucrania* (*Op. cit.*).

61 Desde la práctica profesional se proponen cláusulas específicas llamadas a ser incorporadas en los contratos de fletamento que tengan por objeto transitar por este tipo rutas árticas. Así, en febrero de 2005, BIMCO revisó un conjunto de cláusulas dispersas que abordaban las complejidades y los riesgos asociados con la navegación en áreas afectadas por hielo, dando lugar a la publicación de sendas cláusulas modelo para cada uno de los dos tipos de fletamento: la *Ice Clause for Time Charter Parties* 2005 y la Ice Clause For Voyage Charter Parties. Más ampliamente, ROMERO MATUTE, B., *op. últ. cit.*

2.2.2. Reflexión final

La situación actual refleja una compleja intersección de conflictos geopolíticos, desafíos económicos, y preocupaciones ambientales que obligan a redefinir constantemente el panorama de las rutas marítimas internacionales. Este contexto de congestión portuaria y de reajuste en las rutas de navegación despliega consecuencias directas sobre la eficiencia y la fiabilidad del transporte marítimo[62], lo que necesariamente implicará debatir a nivel contractual sobre los retos que se plantean desde una óptica que equilibre los distintos intereses que se interrelacionan[63]. Desde esta perspectiva técnico-jurídica, se plantea la necesidad de revisar y actualizar los contratos de fletamento y de transporte marítimo para abordar posibles incumplimientos y definir claramente la asunción de responsabilidades. Los contratos deben contemplar cláusulas específicas que aborden las contingencias derivadas, fundamentalmente, de desvíos y retrasos[64]. Adicionalmente, la repercusión sobre el sector asegurador marítimo es significativa. Las aseguradoras se ven abocadas necesariamente a una contínua reevaluación de los riesgos asociados a las cambios frecuentes de las rutas y los viajes convenidos, ajustando las primas y las coberturas ofrecidas. La incertidumbre actual que padece la *aventura* marítima puede dar lugar, asimismo, a un aumento de la siniestralidad, lo que subraya la importancia de una evaluación precisa y actualizada de los riesgos.

3. BIBLIOGRAFÍA

Asociación de Navieros Españoles (ANAVE), *El Plan Detallado de Implantación 2022 de las Autopistas del Mar, 2022* (https://www.anave.es/images/tribuna_profesional/2022/tribuna_bia0922.pdf).

AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F. *La geopolítica ártica después de la guerra de Ucrania* (Documento Análisis 34/2023), Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2023 (https://www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs_analisis/2023/DIEEEA34_2023_FEDAZ_Ucrania.pdf).

CABALLÉ VALLS, J. – GARCÍA ALONSO, L., «La actividad portuaria en el contexto actual», *Anuario de Estudios Marítimos*, vol. II, 2023, pp. 241 a 263.

CALVAR, C., «Autopistas del mar para desatascar las terrestres», 2013 (https://www.elcorreo.com/alava/economia/201412/23/autopistas-para-desatascar-terrestres-20141223140311-rc.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.elcorreo.com%2Fal

62 En particular, las pérdidas estimadas para los expedidores oscilan entre 5.000 y 10.000 millones de dólares debido a la inestabilidad de los programas de operaciones.

63 GIL MADRID, L.G. - SUÁREZ MAYORGA, D.F., «Panorama actual y retos de los seguros marítimos», *Revista Fasecolda*, n.º 184, 2021, pp. 40-45.

64 *Vid.*, al respecto, el estudio de ROMERO MATUTE, B., *op. últ. cit.*, passim.

ava%2Feconomia%2F201412%2F23%2Fautopistas-para-desatascar-terrestres-20141223140311-rc.html).

CAMARERO ORIVE, A., «La geopolítica del Mar Rojo y su influencia en el comercio mundial», *Transporte XXI*, 15 de febrero 2024 (https://www.transportexxi.com/la-geopolitica-del-mar-rojo-y-su-influencia-en-el-comercio-mundial/).

CARLIER, M., «Las autopistas del Mar y el desarrollo sostenible en la UE», en AA.VV., *Los retos del transporte en el siglo XXI*, I Congreso Internacional de Transporte, Castellón de la Plana, coord. por MARTÍNEZ SANZ, F., PETIT LAVALL, M. V., Tirant lo Blanch, vol. 2, 2005, pp. 1521 a 1536.

CHAVEINTE GARCÍA, M., *Caso de estudio de aplicación de algoritmos genéticos para la optimización de rutas marítimas*, Valladolid, 2023 (https://uvadoc.uva.es/handle/10324/62912).

CHU, Z., YAN, R., WANG, S., «Vessel turnaround time prediction: A machine learning approach», *Ocean & Coastal Management*, Volume 249, 1 March 2024, 107021 (https://doi.org/10.1016/j.ocecoaman.2024.107021).

COMTOIS, C., SLACK, B., *Ship Turnaround Times in Port: Comparative Analysis of Ocean Container Carriers*, CIRRELT-2019-20, Montréal, 2019.

CONTE DE LOS RÍOS, A., *La nueva Estrategia de Seguridad Marítima de Europa 2023*. Documento de Opinión IEEE 104/2023. (https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2023/DIEEEO104_2023_AUGCON_Estrateg).

El Mercantil, «Las navieras ya trasladan con recargos el alza de los seguros de las rutas marítimas con Israel», Madrid, 13 de octubre de 2023.

FERNÁNDEZ ALLES, J. J., FERNÁNDEZ ALLES, M. T. «El Derecho europeo sobre las autopistas del mar y su incorporación al ordenamiento español (2010-2013)», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 49, 2014, pp. 55 a 89.

FONTESTAD PORTALÉS, L., *Navegando hacia el futuro: propuestas de reformas procesales en la LNM y el impacto de la inteligencia artificial en el transporte marítimo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

FUSTER LEAL, R., «El deshielo ártico y las nuevas rutas de navegación desde una perspectiva comercial internacional», *El Radar*, 24 de mayo de 2023 (https://www.elradar.es/el-deshielo-artico-y-las-nuevas-rutas-de-navegacion-desde-una-perspectiva-comercial-internacional/).

GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024.

GABALDÓN GARCÍA, J. L., «Las cláusulas de BIMCO sobre control de emisiones en el fletamento por tiempo», en *Naucher Global*, 14 de julio de 2023.

GABRIELA DE CAL Y CORTINA, R. M.ª, *Derecho del mar y de la navegación marítima*, Tórculo, Santiago de Compostela, 1999.

GONZÁLEZ LAXE, F., FREIRE SEOANE, M. J., PAIS MONTES, C., «La conectividad portuaria a nivel mundial análisis de sus implicaciones», en AA.VV., *El derecho marítimo de los nuevos tiempos*, dir. por GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., QUINTANS EIRAS, M .ª R., DÍAZ DE LA ROSA, A., Pamplona, Civitas, 2018, pp. 85 a 103.

LIND, M., BERGMANN, M., WATSON, R. T., BJORN-ANDERSEN, N., HARALDSON, S. ANDERSEN, T., WARD, R., ROSEMANN, M., KARLSSON, M., ZEREM, A., JEPPE SKOVBAKKE, J., SANRICCA, M., «Port Call Efficiency: the benefits of coordination and synchronization», *Sea Traffic Managemen*t, 15 de junio de 2018.

LÓPEZ VARELA, P., SALGADO DON, A., PÉREZ CANOSA, J. M., «Análisis crítico de la navegación-e a bordo: situación actual y perspectivas de futuro», en AA.VV., *El Derecho marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, dir. por GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., DÍAZ DE LA ROSA, A., QUINTÁNS EIRAS, M.ªR., Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 493 a 524.

MANERO SALVADOR, A., *El deshielo del Ártico: retos para el Derecho Internacional. La delimitación de los espacios marinos y la protección y preservación del medio ambiente*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

MARINACCI, C., MASALA, R., RICCI, S., TIERI, A., «Technical-economical analysis of cold-ironing: case study of Venice cruise terminal», en *MARINE V: Proceedings of the V International Conference on Computational Methods in Marine Engineering*, CIMNE, Hamburgo, 2013, pp. 564 a 574.

MÁRQUEZ DOMINGUÉZ, J.A., «Transporte y Autopistas del Mar en la Unión Europea», 2022 (https://aecr.org/es/transporte-y-autopistas-del-mar-en-la-union-europea/).

MÁRQUEZ DOMÍNGUEZ, J. A., «Articulación de las Autopistas del Mar en la Unión Europea», en AA.VV., *Gobernanza, comunidades sostenibles y espacios portuarios*, coord. por JURADO ALMONTE, J.M., GARCÍA CHAVARRÍA, O., MÁRQUEZ DOMÍNGUEZ, J.A., PINEDA FALCONETT, M., Asociación de Geográfos Españoles, 2023, pp. 1191 a 1206.

MARTÍNEZ, A., «Indicador de tiempo de respuesta portuaria–El caso de Valencia», *Boletín UNCTAD Transporte y Facilitación del Comercio*, n.º 96, Tercer Trimestre 2022.

MORENO NAVARRO, J. G., «Una Nueva Ordenación de los Transportes: las Autopistas del Mar», en AA.VV., *Comercio, Servicios y Transporte. Patrones de una Sociedad Avanzada. Geografia de los Servicios*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2008, pp. 349 a 354.

PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., «La incidencia del COVID-19 en el Transporte Marítimo. Notas a propósito de la BIMCO COVID-19 C*rew Change Clause*

For Time Charter Parties 2020», en AA.VV., *El derecho mercantil y la pandemia : algunos problemas del pasado, la crisis coyuntural y las perspectivas futuras: libro homenaje a Agustín Madrid Parra*, dir. por GUERERO LEBRÓN, M. J., ALVARADO HERRERA, L., Colex, A Coruña, 2023, pp. 777 a 795.

PORTALES RODRÍGUEZ, J., «La incidencia de las nuevas tecnologías y los ciberriesgos en el seguro marítimo», en AA.VV., *El Derecho marítimo, las nuevas tecnologías y los retos del progreso*, dir. por GARCÍA-PITA Y LASTRES J. L., DÍAZ DE LA ROSA, A., QUINTÁNS EIRAS, M.ª R., Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 919 a 943.

PULIDO BEGINES, J. L., *Instituciones de Derecho de la Navegación Marítima*, Tecnos, Madrid, 2009.

RASMUSSEN, N., *BIMCO Container Shipping Market Overview & Outlook*, 27 de junio de 2024.

ROCA LÓPEZ, M., «Efectos jurídicos de la guerra de Ucrania sobre los contratos de fletamento y respuestas prácticas a 15 disputas reales», LMA Legal (https://www.lmalegal.co.uk/guerra-ucrania-fletamentos/).

ROMERO MATUTE, B., «Fletamento y transporte de mercancías: La respuesta del derecho de los formularios a los cambios de derrota o de los viajes convenidos», *Revista de Derecho del Transporte Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, n.º 34, 2024.

RÚA COSTA, C., *Los puertos en el transporte marítinmo*, IOC-DT-P-2006-8 Gener 2006, pp. 1 a 21.

SCOVAZZI, T., *Elementos de derecho internacional del mar*, edición española a cargo de BOU FRANCH, V., Madrid, Tecnos, 1995.

SIRVENT ZARAGOZA, G., «Nuevas rutas de navegación a través del Ártico», en AA.VV., *Energía y clima en el área de la seguridad y la defensa Escuela de Altos Estudios de la Defensa*, Documentos de Seguridad y Defensa n.º 58, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013, pp. 197 a 215.

SMITH, L. C., STEPHENSON S. R., N*ew Trans-Artic shipping routes navigable by midcentury*, University of California, Los Angeles, 2013.

TSCHUDI, F. H., *The Northern Sea Route to and from Asia today and the future*, Oslo, 2012.

UNCTAD, *Informe Sobre El Transporte Marítimo 2023 Panorama General. Hacia una transición verde y justa*, Ginebra, 2023 (https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2023overview_es.pdf).

UNCTAD, *La Gestión Portuaria*, vol. 11, 2023 (UNCTAD/DTL/TLB/2023/2).

UNCTAD, *Navigating troubled waters: Impact to global trade of disruption of shipping routes in the Red Sea, Black Sea and Panama Canal*, febrero 2024 (https://unctad.

org/system/files/official-document/osginf2024d2_en.pdf).

YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., «La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: balance de 15 años de aplicación», en AA.VV., *España y la práctica del Derecho internacional*, LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC, coord. por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., 2014, pp. 95 a 113.

YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Ámbitos de jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: una perspectiva española*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1996.

Los crímenes terroristas de ETA como delitos de lesa humanidad en el Derecho Penal español: el informe de misión del Comité de Peticiones del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2022

ETA terrorist crimes as crimes against humanity in Spanish criminal law: Mission report of the Petitions Committee of the European Parliament, 22 April 2022

ALBERTO BAIXAULI FERNÁNDEZ

Abogado y Profesor Asociado de Derecho Penal y Criminología

Universidad de Valencia (España)

alberto.baixauli@uv.es

https://orcid.org/0009-0005-1001-8751

Resumen: El informe de misión del Comité de Peticiones del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2022 ha puesto de relieve que en un porcentaje significativo de los asesinatos cometidos por la banda terrorista ETA no existe sentencia judicial para todos los autores físicos de los delitos. Según dicho informe diversas circunstancias han obstaculizado gravemente los esfuerzos en la investigación de tales delitos, por lo que se aboga –entre otras recomendaciones– por la posible configuración de los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad, incluso con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de reforma del Código Penal. Dicha opción saca a la luz cuestiones complejas como la posible aplicación en el Derecho Penal español del principio de legalidad penal conforme al Derecho Internacional, el análisis de los elementos del tipo del delito de lesa humanidad contenido en el art. 607 bis en relación con el delito de crímenes de lesa humanidad del art. 7 del Estatuto de Roma, o las diferencias existentes entre los delitos de terrorismo y los de lesa humanidad y los problemas concursales que pueden generarse.

Recepción: 10/09/2024 Aceptación: 01/11/2024

Cómo citar este trabajo: BAIXAULI FERNÁNDEZ, Alberto, "Los crímenes terroristas de ETA como delitos de lesa humanidad en el Derecho Penal español: el informe de misión del Comité de Peticiones del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2022", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 161-216 DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.06

Abstract: *The mission report of the European Parliament's Committee on Petitions of 22 April 2022 has highlighted that in a significant percentage of the murders committed by the terrorist group ETA there is no judicial sentence for all the physical perpetrators of the crimes. According to this report, various circumstances have seriously hindered efforts to investigate such crimes, which is why it advocates –among other recommendations– the possible configuration of terrorist crimes as crimes against humanity, even before the date of entry into force of Organic Law 15/2003 of 25 November on the reform of the Criminal Code. This option brings to light complex questions such as the possible application in Spanish Criminal Law of the principle of criminal legality in accordance with International Law, the analysis of the elements of the type of crime against humanity contained in Article 607 bis in relation to the crime of crimes against humanity in Article 7 of the Rome Statute, or the existing differences between crimes of terrorism and crimes against humanity and the problems of jurisdiction that can arise.*

Palabras clave: derecho internacional penal, delitos de lesa humanidad, delitos de terrorismo, principio de legalidad, irretroactividad penal.

Keywords*: international criminal law, crimes against humanity, terrorist crimes, principle of legality, penal non-retroactivity.*

Sumario: 1. EL INFORME DE MISIÓN DEL COMITÉ DE PETICIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 22 DE ABRIL DE 2022: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. 2. EL TERRORISMO COMO DELITO CONTRA LA HUMANIDAD. 2.1. Los delitos de terrorismo en el ámbito internacional. 2.2. La evolución de los delitos contra la humanidad: el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 2.3. Los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad. 3. LOS DELITOS COMETIDOS POR ETA CON ANTERIORIDAD AL 1 DE OCTUBRE DEL AÑO 2004: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 4. LOS DELITOS DE TERRORISMO COMETIDOS POR ETA COMO DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ART. 607 BIS CP. 4.1. El bien jurídico protegido. 4.2. El tipo objetivo: la conducta punible. 4.2.1. El elemento contextual. 4.2.2. Las acciones. 4.3. El tipo subjetivo. 4.4. Los sujetos activos y pasivo del delito. 5. DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE TERRORISMO Y DE LESA HUMANIDAD Y PROBLEMAS CONCURSALES. 5.1. Diferencias entre los delitos de terrorismo y de lesa humanidad. 5.2. Problemas concursales. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL INFORME DE MISIÓN DEL COMITÉ DE PETICIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 22 DE ABRIL DE 2022: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El 21 de abril de 2022, la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo (PETI) aprobó el Informe de Misión derivado de la visita de información efectuada del 3 al 5 de noviembre de 2021 por una comitiva de miembros del Parlamento Europeo a España, en relación con los 379 asesinatos cometidos por la organización terrorista Euskadi Ta Askatasuna (en adelante, ETA) que siguen hoy sin resolver en España.

El objetivo de la misión consistió, por tanto, en obtener información de las autoridades españolas competentes en la lucha contra el terrorismo, de los peticionarios y las víctimas del terrorismo sobre la situación en la que se encontraban los citados 379 casos de asesinato sin esclarecer cometidos por ETA[1].

El Informe de misión, resultado de la petición ante la referida Comisión de Peticiones interpuesta por la Asociación Dignidad y Justicia, fue aprobado el día 21/04/2022 y en el mismo se contienen 15 recomendaciones de actuación en el ámbito nacional a las autoridades españolas, 14 recomendaciones de actuación a las instituciones europeas en el marco de las Directivas, y tres recomendaciones en el ámbito internacional.

Entre las Conclusiones que se desprenden de las actuaciones llevadas a cabo por la misión se destacan, entre otras:

– La constatación de que en un porcentaje significativo (aproximadamente el 44 % de los asesinatos de ETA) no existe sentencia judicial para todos los autores físicos de los delitos, lo que provoca una falta de justicia con respecto a las familias de las víctimas. Sin embargo, se ha afirmado que la mayoría de los asesinatos no resueltos (70 %) se cometieron durante los llamados «años de plomo» de 1978 a 1987, el período en el que ETA fue más activa y llevó a cabo el mayor número de atentados.

– Que ETA desarrolló campañas específicas de ataques dirigidas contra las fuerzas de seguridad del Estado, por un lado, y contra sectores de la sociedad acusados de colaborar con los cuerpos policiales, por otro, de manera aleatoria, para sembrar el terror, el silencio y la autocensura en la mayoría de la población y para dificultar e impedir el trabajo de investigación. Todo ello se tradujo en que un porcentaje significativo de casos de asesinatos no pudieran ser resueltos.

– Asimismo, se ha observado que el extraordinario nivel de violencia y la magnitud desplegados por ETA no es comparable con otros grupos terroristas en

1 Dicha misión de información se produjo a raíz de la petición número 1525/2021, presentada ante el Parlamento Europeo por la Asociación Dignidad y Justicia, cuyo fin es la protección y defensa de los derechos e intereses de las víctimas del terrorismo. En ella se denunciaba la inactividad o dejadez por parte de las autoridades españolas para investigar casi la mitad (el 44%) de los asesinatos cometidos por la organización terrorista ETA en sus más de cincuenta años de sangrienta historia.

España. Este nivel de violencia extrema ha obstaculizado gravemente, por sí mismo, los esfuerzos del Estado español en la investigación en general, por lo que la respuesta jurídica a los delitos debe situarse también a nivel de Derecho penal internacional, y no solo en el nacional.

Por ello entre las Recomendaciones del informe se encuentran la de "Pedir la continuación de un procedimiento de investigación actualizado, detallado y exhaustivo para los casos no resueltos, desde la Fiscalía y con la participación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin entrar a valorar con carácter previo la posible prescripción legal de la causa, con el fin de responder a las familias que siguen esperando justicia. Esta consideración debería hacerse al final de la investigación, de cuyo resultado debería informarse a las víctimas que así lo soliciten" (4), y la de "Sugerir a las instituciones competentes que agoten las posibilidades interpretativas del Derecho penal, incluido el posible reconocimiento de los crímenes terroristas de ETA como crímenes contra la humanidad, incluso antes de 2004, por lo que se considera que no están sujetos a prescripción ni amnistía. Recordar que ya se han presentado varias iniciativas de modificación del Código Penal para que el principio de legalidad se interprete de acuerdo con el Derecho internacional" (8).

Estas recomendaciones ponen sobre el tapete dos aspectos que ya han sido, con anterioridad, objeto de discusión en el ámbito jurisprudencial y doctrinal, como son: la interpretación del principio de legalidad penal conforme al Derecho Internacional, cuestión que ya abordamos en otro trabajo anterior[2], y la posible configuración de los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad, incluso con anterioridad al año 2004, fecha en la que entró en vigor la reforma del Código Penal (en adelante, CP), aprobada mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que introdujo los delitos de lesa humanidad en el derecho penal español (art. 607 bis CP) y estableciendo su imprescriptibilidad.

2. EL TERRORISMO COMO DELITO CONTRA LA HUMANIDAD

2.1. Los delitos de terrorismo en el ámbito internacional

Además del terrorismo interno, al cual nos referimos cuando los actos de terror se lleven a cabo íntegramente en el territorio de un Estado[3] y los objetivos sean nacionales de dicho Estado, es decir, cuando el hecho punible no afecte a

2 Ver BAIXAULI FERNÁNDEZ, A. "Los tratados internacionales y la costumbre como fuentes del Derecho Penal español: la controvertida aplicación del principio de legalidad internacional a los delitos de lesa humanidad", en Los objetivos de desarrollo sostenible (ODS): cuestiones geopolíticas y consideraciones jurídicas (coord. Mertens De Wilmars, F., y De Paredes Gallardo, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 249-270.

3 OLASOLO ALONSO, H., y PÉREZ CEPEDA, A.I., "Terrorismo internacional y conflicto armado", Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 30.

nacionales o intereses de otro Estado, ni se haya cometido, en todo o en parte, el delito en otro Estado , existe el terrorismo transnacional que –*stricto sensu*– es aquél que de una u otra manera atraviesa fronteras estatales, básicamente porque quienes lo ejecutan mantienen estructuras organizativas o desarrollan actividades violentas en más de un país, incluyéndose por lo común territorios sobre los que no tienen jurisdicción alguna las autoridades a las que se dirigen en última instancia sus demandas. Los comportamientos punibles afectan a más de un país y nacionales de distintos Estados. Por otro lado, el terrorismo internacional, el cual deriva del transnacional, es aquél que se practica con la deliberada intención de afectar a la estructura y distribución de poderes de una región de la comunidad internacional, cuyos actores, bien individuales o colectivos, han extendido sus actividades por un número amplio de Estados o áreas geopolíticas, en consonancia con sus propósitos criminales[4].

En cualquier caso, tanto en el terrorismo transnacional *stricto sensu* como en el internacional, los injustos lesionan o ponen en peligro la paz y seguridad internacional, al igual que podría ocurrir con el terrorismo interno si éste alcanza un umbral concreto, a causa de las víctimas causadas o medios de terror empleados[5].

Aunque existe el convencimiento internacional sobre la necesidad de avanzar en la lucha contra el terrorismo de forma firme y consensuada, la historia de los esfuerzos internacionales para combatir el terrorismo se caracteriza por el fracaso en adoptar un tratado internacional de ámbito universal y carácter global sobre este tema. Fracaso que, a su vez, se explica principalmente por la dificultad en alcanzar un acuerdo sobre una definición técnica del terrorismo debido a la falta de apoyo de diversos países en relación sobre el contenido del concepto "Terrorismo"[6]. En el caso de la Organización de Naciones Unidas (ONU), aunque no ha sido posible aprobar por parte de su Asamblea General una definición de dicho término, si podemos citar que se entenderán por "actos de terrorismo" los actos cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo[7].

---

4 REINARES NESTARES, F., "Conceptualizando el terrorismo internacional", ARI núm. 79/2005, en Real Instituto ElCano, 2005, pág. 2 (https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/conceptualizando-el-terrorismo-internacional-ari/, consulta 31/07/2024).

5 MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "El principio de justicia universal y los crímenes de guerra", Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, 2015, págs. 239 y 240.

6 ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., "El Terrorismo como Crimen contra la Humanidad", *Temas Socio-Jurídicos*, Vol. 26, nº 54, 2008, pág. 17

7 Resolución del Consejo de Seguridad 1566 (2004) de 8 de octubre de 2004, párrafo 3.

Ante la inexistencia de un consenso internacional sobre el concepto de terrorismo[8], desde 1970 se ha seguido un enfoque consistente en adoptar tratados internacionales de ámbito universal, especializados en combatir manifestaciones puntuales del fenómeno terrorista[9]; o tratados internacionales de carácter global en combatir el terrorismo, aunque de ámbito regional[10]; así como en la adopción de un amplio abanico de Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas contra el terrorismo[11],

8 Sobre el concepto penal del terrorismo puede verse: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., "Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo", Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico, nº 3, 2008, págs. 34-58; PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., "La nueva configuración de los delitos de terrorismo", Agencia Estatal Boletín del Estado, Madrid, 2020, págs. 27 a 85; o PENA GONZÁLEZ, W., "El concepto de terrorismo", Ratio Legis, Salamanca, 2019.

9 Son los siguientes: el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio el 14-IX-1963; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya, el 16-XII-1970; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23-IX-1971; la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada mediante la Resolución 3166 (XXVIII), de 14-XII-1973, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; la Convención internacional contra la toma de rehenes, aprobada mediante la Resolución 34/146, de 17-XII-1979, de la Asamblea General; la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, aprobada en Viena el 3-III-1980; el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación internacional, firmado en Montreal el 24-II-1988; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10-III-1988); el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma, 10-III-1988); el Convenio sobre la marcación de los explosivos plásticos para los fines de detección (Montreal, 1-III-1991); el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado mediante la Resolución 52/64 de 15-XII-1997, de la Asamblea General; el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado mediante la Resolución 54/109 de 9-XII-1999, de la Asamblea General de las Naciones Unidas; y el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, aprobado mediante la Resolución 59/290, de 13-IV-2005, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

10 Son los siguientes: la Convención de la Organización de Estados Americanos para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional (Washington, D. C., 2-II-1971); el Convenio europeo (Consejo de Europa) para la represión del terrorismo (Estrasburgo, 27I1977); la Convención regional de la Asociación del Sur de Asia para la Cooperación Regional sobre la supresión del terrorismo (Katmandú, 4-XI-1987); la Convención de la Liga de Estados Árabes sobre la supresión del terrorismo (El Cairo, 22-IV-1998); el Tratado de cooperación entre los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes para combatir el terrorismo (Minsk, 4-VI-1999); la Convención de la Organización de la Conferencia Islámica para combatir el terrorismo internacional (Ouagadougou, 1-VII-1999); la Convención de la Organización para la Unidad Africana sobre la prevención y el combate del terrorismo (Argel, 14-VII-1999); y en la Unión Europea, la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13-VI-2002, sobre la lucha contra el terrorismo, la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión marco 2002/475/JAI, y la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo que sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI.

11 A título meramente enunciativo: Resolución 3034 (XXVII), de 18XII1972; Resolución 31/102, de 15-XII-1976; Resolución 32/147, de 16-XII-1977; Resolución 34/145, de 17-XII-1979; Resolución 36/109, de 10-XII-1981; Resolución 38/130, de 19-XII-1983; Resolución 39/159, de 17-XII-1984; Resolución 40/61, de 9-XII-1985; Resolución 44/29, de 4-XII-1989; Resolución 42/159, de 7-XII-1987; Resolución 46/51, de 27-I-1992; Resolución 49/60, de 9-XII-1994 y Resolución 60/288, de 8-IX-2008.

complementadas más recientemente con la acción del Consejo de Seguridad[12] [13].

Además, se ha producido un importante desarrollo de la legislación de los Estados en materia antiterrorista (basta en este sentido examinar los informes presentados por los Estados ante el Comité contra el terrorismo), y se ha generado una serie de declaraciones unilaterales de representantes de Estados y de Organizaciones internacionales relativas a la calificación del terrorismo como crimen internacional y violación de los derechos humanos[14].

2.2. La evolución de los delitos contra la humanidad: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Como es bien sabido, ciertas acciones humanas crean un peligro para la convivencia de una determinada sociedad, y un concreto derecho estatal las califica como delictivas y las castiga bajo una específica sanción. Cada Estado establece autónomamente el conjunto de hechos que integran el presupuesto de sus normas penales atendiendo a los intereses mayores que desea tutelar. Pero existe otro tipo de conductas generadas por los seres humanos que tienen tal capacidad lesiva, que sus consecuencias no sólo

---

12 Sólo a partir de 1990 comenzaron a florecer las medidas obligatorias adoptadas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Tales medidas han ido incluyendo progresivamente medidas de lucha contra el terrorismo, de muy diversa naturaleza, a veces incluyendo el uso de la fuerza armada. Entre otras muchas, pueden citarse las resoluciones del Consejo de Seguridad: 1214 (1998) el 8-XII-1998; 1267 (1999) el 15-X-1999; 1160 (1998) el 31-III-1998; 1367 (2001) el 10-IX-2001; 808 (1993), de 22-II-1993; 827 (1993), de 25-V-1993; 955 (1994), de 8-XI-1994; 748 (1992) el 31-III-1992; 883 (1993) el 11-X-1993; 1189 (1998), de 13-VIII-1998; 1192 (1998), de 27-VIII-1998; 1267 (1999), de 15-X-1999; 1269 (1999), de 19-X-1999; 1333 (2000), de 19-XII-2000; 1363 (2001), de 30-VII-2001; 1368 (2001), de 12-IX-2001; 1373 (2001), de 28-IX-2001; 1377 (2001), de 12-XI-2001; 1390 (2002), de 16-I-2002; 1438 (2002), de 14-X-2002; 1440 (2002), de 24-X-2002; 1450 (2002), de 13-XII-2002; 1452 (2002), de 20-XII-2002; 1455 (2003), de 17-I-2003; 1456 (2003), de 20-I-2003; 1465 (2003), de 13-II-2003; 1502 (2003), de 26-VIII-2003; 1516 (2003), de 20-XI-2003; 1526 (2004), de 30-I-2004; 1530 (2004), de 11-III-2004; 1535 (2004), de 26-III-2004; 1540 (2004),de 28-IV-2004; 1566 (2004), de 8-X-2004; 1611 (2005), de 7-VII-2005; 1617 (2005), de 29-VII-2005; 1618 (2005), de 4-VIII-2005; 1624 (2005), de 14-IX-2005; 1699 (2006), de 8-VIII-2006; 1730 (2006), de 19-XII-2006; 1735 (2006), de 22-XII-2006; 1787 (2007), de 10-XII-2007; y 1805 (2008), de 20-III-2008.

13 BOU FRANCH V.; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., "La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. (Una propuesta del Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco, COVITE, para la Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional)", Minim Agencia ediciones, Valencia, 2009, págs. 19 y ss

14 JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Derecho Internacional Penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente", Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, nº 6, 2006 págs. 317 y 318. Sobre la creación de una jurisdicción internacional competente en materia de terrorismo puede leerse: SÁNCHEZ FRIAS, A., "La propuesta de un tribunal internacional contra el terrorismo: retos jurídicos y políticos", Revista de Derecho Político, UNED, nº 103, septiembre-diciembre 2018, págs. 407-438.

ponen en peligro la estructura social de un Estado, sino que afectan a toda la Humanidad[15].

El desarrollo de la tipificación de los crímenes de lesa humanidad a nivel internacional ha pasado por una evolución que se inicia en 1945, con los tribunales para juzgar los crímenes de los funcionarios de los Estados derrotados en la Segunda Guerra Mundial (Alemania y Japón), avanza en la década de 1990 con la adopción de los Estatutos para los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia (en adelante, el TPIY)[16] y para Ruanda (en adelante, el TPIR)[17] que aplicaron ampliamente en sus estatutos la noción de crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad, y finalmente culmina con la aprobación en 1998 del Estatuto de Roma (en adelante, ER), cuya definición del crimen de lesa humanidad es el resultado de un largo proceso de codificación internacional que pretende superar los estrechos márgenes del primer concepto de crimen contra la humanidad debido al Estatuto del Tribunal de Nüremberg, en el que se vinculaba a la existencia de un conflicto armado[18].

El origen de la definición de los crímenes contra la humanidad (en donde se encuadrarían los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra y el de agresión) se encuentra en el Estatuto de Londres de 1945 que sirvió de base para los juicios de Nuremberg[19]. La definición típica de los delitos contra la humanidad proviene de los Estatutos de los Tribunales Militares de Nuremberg [art. 6. C)] y Tokio [art. 5. C)], que subrayaron la irrelevancia de que el hecho infringiera el Derecho nacional o no. Pero se encuentran antecedentes también en el Preámbulo de los Acuerdos de La Haya sobre leyes y usos de guerra terrestre de 1899 y 1907, donde se mencionaban las "leyes contra la humanidad" para referirse a la masacre turca contra los armenios[20].

De la evolución en la legislación internacional se despende que en sus orígenes estos crímenes estaban muy vinculados a los abusos contra la población civil

---

15 BORJA JIMÉNEZ, E., "Delitos contra la comunidad internacional", en *Derecho penal parte especial* (coord. González Cussac, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 7ª edición, 2022, pág. 871.

16 El Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991 fue adoptado por el Consejo de Seguridad de la ONU, mediante Resolución 827, de 25 de mayo de 1993, S/RES/827 (1993).

17 El Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda fue adoptado por el Consejo de Seguridad de la ONU, Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, S/RES/955 (1994).

18 GARCÍA ARÁN, M., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional" en Comentarios al Código Penal Parte Especial (dir. Córdoba Roda, J. y García Arán, M.), Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2702.

19 GIL GIL, A., "Artículo 607 bis" en *Comentarios al Código Penal* (dir. Gómez Tomillo, M.), Tomo VI, Lex nova, Valladolid, 2ª edición, 2011, pág. 1997.

20 BACIGALUPO ZAPATER, E., "Teoría y práctica del Derecho Penal", Tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 138.

cometidos durante los tiempos de guerra. Sin embargo, posteriormente se independizaron de los contextos de conflicto armado, alcanzando los ataques perpetrados en situaciones radicales de crisis socio-estatales por parte de los propios gobiernos o de aparatos organizados de poder para–estatales con potencial destructivo equivalente a aquél[21]. Por tanto, en la actualidad los delitos de lesa humanidad encuentran su razón de ser en el castigo de los abusos cometidos en países dictatoriales o sumidos en el caos, donde es frecuente la comisión de infracciones muy graves realizadas de modo reiterado y planificado contra amplios sectores de la población civil, bien por parte del propio Gobierno o de uno extranjero, bien por parte de un grupo sobre otro[22].

La consolidación de la tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el derecho penal internacional no había culminado antes de los estatutos para la ex–Yugoslavia y Ruanda ni tampoco con la adopción del TPIY y del TPIR, pues ambos tribunales tienen importantes diferencias en su elemento contextual, que son sintomáticas de la falta de consenso que existía a mediados de la década de 1990 sobre el contenido del tipo penal de los crímenes de lesa humanidad y las cuales recién serían superadas con la tipificación universal e inequívoca del ER. De este modo, la tipificación de los crímenes de lesa humanidad en los estatutos para la ex-Yugoslavia y Ruanda no habría logrado cumplir con el criterio jurisprudencial adoptado por el TEDH para el principio de legalidad, que requiere la «accesibilidad» y «previsibilidad» del tipo penal. Este criterio sí estaría cumplido con la adopción del texto del ER que crea la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), a partir del cual hay certeza sobre el tipo penal de los crímenes de lesa humanidad queda en todo caso declarado como norma consuetudinaria[23].

En este sentido, los crímenes contra la humanidad son los más graves ataques contra la población civil en lo que atañe a los derechos y las libertadas fundamentales. El ER de 17 de julio de 1998, en virtud del cual se crea la CPI, contiene tanto las reglas de Derecho Penal material propiamente dicho, como las de carácter procesal y jurisdiccional, previendo tres categorías de delitos sobre los que se establece la competencia de la Corte: el genocidio, los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Los crímenes de lesa humanidad (art. 7º), se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es

---

21 LANDA GOROSTIZA. J. M. "El 'Nuevo' Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación", Revista penal, nº 14, 2004, págs. 81 y siguientes.

22 LLOBET ANGLI, M., "Terrorismo y «guerra» contra el terror: límites a su punición en un Estado democrático", Tesis doctoral, Silva Sánchez J.M. (dir.) y Felip i Saborit, D. (dir.), Universidad Pompeu Fabra, 2008, pág. 79.

23 PACHECO DE FREITAS, J. A., "La relación entre el principio de legalidad en derecho penal internacional y la tipificación internacional de los crímenes de lesa humanidad: una perspectiva histórica", Agenda Internacional, Año XXVI, n° 37, 2019, págs. 200 a 202.

permisible con arreglo al Derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo. Asimismo, la referencia expresa a las diversas manifestaciones del principio de legalidad penal ha venido acompañada por un esfuerzo importante desde la perspectiva del principio *nullum crimen sine lege* por precisar los comportamientos típicos que dan lugar a responsabilidad penal individual conforme al ER, lo que ha culminado en la elaboración de los Elementos de los Crímenes (en adelante EC) que desarrollan las definiciones de los tipos penales contenidos en el ER[24].

Las notas que definen los crímenes de lesa humanidad se refieren a la necesidad de que los actos delictivos se inscriban en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, sin necesidad de que este ataque sea traduzca necesariamente en un recurso a la fuerza armada –comprende igualmente todo maltrato infligido a la población civil–, esté vinculado a la existencia de un conflicto armado ni que el mismo esté originado, en principio, por una intención discriminatoria. Esta referencia se identifica con una cláusula umbral que está destinada a establecer el grado de gravedad que resulta necesario para que los hechos susceptibles de ser considerados como crímenes de lesa humanidad puedan entrar dentro de la competencia de la CPI[25].

En cuanto al elemento intencional, se requiere que el acusado debe no solamente tener la intención de cometer los crímenes de los que se le acusa, sino también saber que la población civil constituye el objeto del ataque y que sus actos se inscriben en el marco del mismo, o que al menos asume el riesgo de que su actuación participa en ese ataque. Aunque se ha señalado que no es un elemento constitutivo del tipo penal, se precisa implícitamente, aunque sea meramente en el marco de la administración de la prueba, la existencia de una política o plan instigados o dirigidos desde cualquier instancia, estatal o grupal, que disponga de la organización e infraestructuras necesarias para la comisión de las conductas criminales que integran el tipo de los crímenes de lesa humanidad[26].

En este sentido, el propio art. 7 del ER establece que por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra la población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política, sin que sea necesario, conforme a lo dispuesto por los EC, que los actos constituyan un ataque militar, precisándose que

---

24 OLASOLO ALONSO, H., "Del estatuto de los Tribunales *ad hoc* al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la evolución del principio *nullum crime sine lege* en el Derecho Penal Internacional", Revista General del Derecho Internacional, nº 5, 2006, pág. 11.

25 LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M., "La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad", Ariel, Barcelona, 2001, pág. 121.

26 JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Derecho Internacional Penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente", *Op. cit.*, págs. 347 y 348

se entiende que la política de cometer ese ataque requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra la población civil.

Asimismo, la jurisprudencia del TPIY, a través de distintas sentencias de aplicación de su Estatuto, ha venido estableciendo una serie de elementos o puntos definidores del delito de lesa humanidad y su prueba[27].

---

27 Tales elementos se recogen y exponen sistemáticamente en la Sentencia nº 16/2005, de 19 de abril, recurso 139/1997 dictada por la Sección Tercera, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional: "1) El crimen tiene que ser cometido directamente contra una población civil. ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic (Trial Chamber) 22-II-2001; (Appels Chamber) 12-VI-2002. parr 90. 2) No es necesario que sea contra la totalidad de la población, pero si un número suficiente (representativo de ella) ICTY Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 90. 3) La población ha de ser predominantemente civil. ICTY Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, parr. 180; Naletilic and Martinovic, (Trial Chamber) 31-III-2003, parr. 235; Jelisic, (Trial Chamber) 14-XII-1999, parr. 54. 4) La presencia de no civiles no priva del carácter civil a la población. Prosecutor v. Kupreskic et al. (Trial Chamber) 14-I-2000, para 549. 5) Procede hacer una interpretación amplia del concepto de población civil. Jelisic, (Trial Chamber) 14-XII-1999, parr. 54; Prosecutor v. Kupreskic et al. (Trial Chamber) 14-I-2000, para 547-549. 6) La protección se refiere a cualquier población civil independiente de que sea a la propia población civil. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29-XI-2002, parr. 33; 7) La exigencia de ataque contra la población civil viene a significar en estos momentos una actuación de conformidad con políticas de Estado o de una organización no estatal, pero que ejerce el poder político "de facto". 7) El ataque debe ser "generalizado o sistemático". Kunarac, Kovac and Vukovic (Trial Chamber) 22-II-2001, para 431; Generalizado: Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, para 179; BlasKic (Trial Chamber) 3-III-2000, para 206; Martinovic, (Trial Chamber) 31-III-2003, parr. 236;. Sistemático: Kunarac, Kovac and Vukovic,(Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 94; Naletilic and Martinovic,(Trial Chamber) 31-III-2003, parr. 236; BlasKic (Trial Chamber) 3-III-2000, para 203. 8) El ataque es el que debe ser "generalizado o sistemático", no los actos del acusado. 9) Puede ser calificado como crimen contra la humanidad un simple acto, si está en conexión con un ataque "generalizado o sistemático". Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, para 178; Kupreskic et al. (Trial Chamber) 14-I-2000, para 550. 10) Es necesario tener en cuenta que existen muchos factores definidores de cuando un ataque es "generalizado o sistemático" y que son inferibles del contexto. 11) Los ataques deben ser masivos o sistemáticos o que se ejerzan en el marco de una política o plan estatal, pero no es imprescindible que se de este último elemento. 12)Intencionalidad. El autor debe tener el propósito o intención de cometer los delitos subyacentes. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29-XI-2002, parr. 37; 13) Los motivos del sujeto resultan irrelevantes. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 103; Tadic (Appels Chamber) 15-VII-1999, parr 270-272; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, para 187. 14) Resulta irrelevante si los actos son directamente contra la población civil o simplemente contra una persona concreta. Lo relevante es que el ataque sea contra la población civil y no los actos concretos. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 103. 15) La intencionalidad discriminatoria solo es necesaria para el delito de persecución. Tadic (Appels Chamber) 15-VII-1999, parr 283,292,305; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, para 186; BlasKic (Trial Chamber) 3-III-2000, para 244, 260; Todorovic (Trial Chamber) 31-VII-2001, para 113. 16) Conocimiento: El autor debe tener conocimiento de que participa en un ataque generalizado o sistemático. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 102, 410; Tadic (Appels Chamber) 15-VII-1999, parr 271; Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, para 185; BlasKic (Trial Chamber) 3-III-2000, para 244, 247; o alternativamente admite el riesgo de que sus actos formen parte de él. Vasilejevic, (Trial Chamber) 29-XI-2002, parr. 37; BlasKic (Trial Chamber) 3-III-2000, para 257; Krnojelac (Trial Chamber) 15-III-2002, parr. 59. Debe tener conocimiento del ataque y del nexo entre sus actos y el contexto, 17) No son necesarios conocimiento de los detalles del ataque. Kunarac, Kovac and Vukovic, (Appels Chamber) 12-VI-2002, parr 102; Krnojelac (Trial Chamber) 15-III-2002, parr. 59. 18) No es necesario que el participe deba aprobar el contexto del ataque en el que se enmarcan sus actos. Kordic and Cerkez (Trial Chamber) 26-II-2001, para 185. 19) Este conocimiento del contexto es inferible de la concurrencia de una serie de elementos, tales como el conocimiento del contexto político en que se produce, función o posición del acusado dentro del mismo, su relación con las jerarquías políticas o militares, amplitud, gravedad y naturaleza de los actos realizados, etc. BlasKic (Trial Chamber) 3-III-2000, para

El texto del ER sólo tipificó cinco crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no encontrándose el terrorismo entre los cinco crímenes tipificados pues en la Conferencia de Roma varias delegaciones nacionales se mostraron reacias a la inclusión del terrorismo dentro de los crímenes internacionales bajo la competencia de la futura CPI. Las razones que esgrimieron fueron las siguientes: a) no existía una definición generalmente aceptada de terrorismo; b) llevaría mucho tiempo el alcanzar un acuerdo sobre su inclusión como crimen internacional del individuo; c) resultaba imperativo que la Conferencia concluyera su trabajo en la sesión convocada en Roma, cuya duración estaba prevista en cinco semanas; d) algunos actos terroristas son meros "delitos comunes" y, por lo tanto, no son lo suficientemente graves como para merecer su persecución por un tribunal internacional; y e) es más eficaz perseguir los actos de terrorismo a nivel nacional, aunque se reconoció que algunos actos terroristas sí que cumplen los criterios de gravedad exigidos para su inclusión entre los crímenes previstos en el Estatuto de la CPI[28].

En realidad el motivo más crítico se encuentra no tanto en la ausencia de una definición jurídica de terrorismo como en la falta de acuerdo o consenso en la excepción personal a la misma, esto es, la exclusión de esta categoría criminal de las actuaciones armadas de los movimientos de liberación nacional en el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos o las actuaciones armadas de los Estados en el ejercicio de las funciones de seguridad y protección derivadas de su soberanía como derecho y obligación, situaciones cuyo estatuto jurídico aparece en gran medida (aunque no totalmente) regulado por el Derecho internacional humanitario, pero que los actores implicados han querido expresa y denodadamente excepcionar del marco normativo de la lucha contra el terrorismo para evitar cualquier contaminación que los deslegitime, a pesar de que social y normativamente está admitida la existencia de terrorismo de Estados y de actos terroristas llevados a cabo bajo el lema de la libre determinación de los pueblos[29].

2.3. Los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad

No obstante esta falta de tipificación expresa de los actos terroristas en el ER, se considera que, en el ámbito penal, el Estatuto es un gran paso adelante en la lucha contra el terrorismo y que éste se encuentra ya incluido en las infracciones castigadas en

258-259. 20) Tratándose de delitos subyacentes, en caso de homicidio no es necesario el cadáver para la existencia del delito. Krnojelac (Trial Chamber) 15-III-2002, parr. 326."

28 BOU FRANCH V.; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., "La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. (Una propuesta del Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco, COVITE, para la Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional)", *Op. cit.*, págs. 84 y 85

29 JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Derecho Internacional Penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente", Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, *Op. cit.*, págs. 304 y 305

aquél en tanto que crimen de guerra (a reserva de ciertas clarificaciones), crimen de lesa humanidad (que abarca, en gran parte, el terrorismo de Estado) y genocidio y que, al crear la CPI, la comunidad internacional ha hecho una contribución importante tanto a la política de enjuiciar y castigar a los presuntos terroristas como a la prevención de los actos terroristas.

Entre los actos referenciados en el artículo 7 del ER que podrían constituir manifestaciones del terrorismo se menciona el asesinato, el exterminio, la deportación o traslado forzoso de población, la tortura y la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional. Además, el apartado k) del artículo 7 se refiere a cualesquiera otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Por ello es de especial interés anotar que las conductas que constituyen en la práctica los crímenes de lesa humanidad usualmente son también consideradas criminales en la gran mayoría de sistemas penales nacionales.

En el párrafo 2, letra a) del artículo 7 del ER se hace una distinción a la hora de establecer las responsabilidades penales correspondientes, establece una distinción entre la comisión de posibles crímenes de terrorismo, según la política de un Estado (lo que podríamos denominar Terrorismo de Estado) y la comisión de Crímenes de Terrorismo por Organizaciones no estatales, es decir, Organizaciones o Grupos Terroristas (por ejemplo, la red terrorista Al-Qaeda y sus amplias ramificaciones terroristas vinculadas a tal red, que realizan una línea de conducta que implica la comisión múltiple de asesinatos masivos contra la población civil como, por ejemplo, en los casos del 11-S en Estados Unidos en 2001, el 11-M en Madrid en 2004, el 7-J en Londres en 2005, o el 11-D en Argelia en 2007, etc.).

El carácter sistemático de la acción típica de ataque, en cuanto repetida, metódica, organizada o llevada a cabo con arreglo a un sistema, plan o procedimiento racionalmente ordenado a contribuir al logro de la finalidad específica o propia (en definitiva, el elemento intencional o dolo específico) de cada una de las actuaciones comprendidas en los apartados a) a k) del artículo 7.1, en relación con el artículo 7.2 a), a cuyo tenor el ataque contra una población civil consiste en "una línea de conducta… de conformidad con la política de un Estado o de una organización", comporta que, a falta de carácter generalizado o masivo, el acto individual dirigido a una sola víctima puede calificarse de crimen de lesa humanidad si se inscribe en un sistema, se ejecuta según un plan o si presenta un carácter repetitivo, es decir, si constituye un eslabón de una cadena o línea regular de conducta que pueda vincularse a un sistema, a un plan o a una política[30].

30 PIGNATELLI MECA, F., "El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" en *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Cuadernos de Estrategia nº 133, Madrid, 2006, págs. 200 y 201.

En este sentido para LIROLA DELGADO es la conformidad con un plan o política determinada lo que permite establecer la dimensión propia y distinta del crimen de lesa humanidad, que puede, incluso, llegar a identificarse con un hecho individual o aislado que se enmarque dentro de la existencia de tal plan o política[31].

Y, en cuanto a la conformidad del ataque con la "política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política", el crimen de lesa humanidad exige la creación de un clima general de pánico y terror en la población civil a través de una sucesión de actos de violencia ejecutados por procedimientos de riesgo general, directamente por el Estado o sus órganos o por una organización, con la aquiescencia, la tolerancia o, al menos, la inactividad cómplice o deliberada del Estado, sin que baste la mera inactividad o falta de acción del Estado o la organización[32].

Se ha afirmado que el terrorismo, desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional, se enmarcaría dentro de la categoría de los crímenes de Derecho internacional al cumplir con las características propias de estos crímenes en oposición a los delitos ordinarios o transfronterizos. Si bien una identificación del crimen de terrorismo como un crimen autónomo o subsumido por otra de las categorías de crímenes de derecho internacional reconocidas por el Estatuto de Roma, sería una cuestión que necesitaría un tratamiento autónomo. Y en este mismo sentido, se ha sostenido que los Tribunales Penales internacionales *ad hoc* del Consejo de Seguridad, han tratado el terrorismo como un crimen de Derecho internacional que se enmarcaría dentro de un crimen de guerra (por ejemplo, en el caso del TPIR) o que se comete con ocasión de tales conductas (como en el TPIY)[33].

Pero desde la perspectiva internacional, no hay unanimidad sobre si los actos terroristas que, en oposición a los delitos ordinarios o transfronterizos, revisten las características de los crímenes de lesa humanidad tal y como están previstos en el art. 7 del Estatuto de Roma, se pueden enjuiciar por la Corte Penal Internacional y calificar de crímenes de lesa humanidad[34].

De hecho, aunque el terrorismo no aparece explícitamente como crimen internacional en el Estatuto de Roma, la redacción típica de los delitos de lesa humanidad conlleva que esta figura se sobreponga con los delitos de terrorismo[35]. Por "ataque

---

31 LIROLA DELGADO, I.; MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., "La Corte Penal Internacional", *Op. cit.*, pág. 122.

32 PIGNATELLI MECA, F., "El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" *Op. cit.*, pág. 204.

33 MENDOZA CALDERON, S., "Los crímenes de lesa humanidad: la necesidad de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Su implementación en el Código Penal español", Diario La Ley, nº 6228, 11 de abril de 2005, Ref. D-83, pág. 1784.

34 A este respecto puede verse: JIMÉNEZ GARCÍA, F.: "Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente", *Op. cit.*

35 En este sentido: GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva

sistemático o generalizado" se entiende la comisión múltiple de actos de conformidad con un plan o una política determinada preconcebida, que tiene que realizarse contra la población civil. De este modo, si los actos terroristas se caracterizan por atentar contra los miembros de una sociedad de modo continuado e indiscriminado, siguiendo una estrategia de actuación planificada en orden a alcanzar determinados fines, las acciones terroristas contienen el carácter sistemático y generalizado de un ataque contra la población civil[36].

Es más, a nivel doctrinal incluso se ha aludido a que el crimen de lesa humanidad despersonaliza a las concretas víctimas lo que es equiparable al elemento de instrumentalización de las personas característico del terrorismo (y de las otras modalidades de delincuencia organizada violenta). De hecho, GARCÍA SÁNCHEZ[37] considera que los actos de terrorismo que contengan los elementos típicos de los crímenes de lesa humanidad pueden ser perseguidos por la Corte Penal Internacional, pese a que en el ER no se recojan expresamente los delitos de terrorismo como fundamentadores de su competencia[38]. Y en un sentido similar, GÓMEZ-BENÍTEZ, sostiene que sólo algunos crímenes de Terrorismo pueden ser objeto de la jurisdicción de la CPI, en concreto, aquellos crímenes de Terrorismo que cumplan las condiciones de ser incluidos en cuanto pertenecientes al tipo penal internacional de Crímenes contra la Humanidad[39].

En cualquier caso, en los conflictos que se han dado hasta finales del siglo XX, era difícilmente imaginable una situación en la que pudieran confundirse los márgenes de los crímenes de lesa humanidad con los del terrorismo. Pero en la actualidad, los conflictos son protagonizados por unas organizaciones dotadas de una fuerza bélica nunca vista: en parte, por supuesto, gracias a las nuevas armas que permiten a la organización terrorista disponer de un poder similar al de las grandes potencias durante la Guerra Fría; pero también gracias a otros avances tecnológicos en otros ámbitos, como los experimentados por los medios de comunicación y las redes sociales tras la globalización de Internet, y que constituyen vehículos muy eficientes para propagar tanto su ideario como sus actuaciones. Por estas razones,

modalidad delictiva en el código penal de 1995", en *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos* (coord. Cuerda Riezu, A.), Dykinson, Madrid, 2006, página 59 y siguientes; JIMÉNEZ GARCÍA, F.: "Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente", *Op. cit.*, pág. 346; y LANDA GOROSTIZA, J.M., "El 'Nuevo' Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación", *Op. cit.*, pág. 80.

36 GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *op. cit.*, pág. 65. También LANDA GOROSTIZA, J.M., "El 'Nuevo' Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación", *Op. cit.*, págs. 80 y 81.

37 GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, pág. 60 y 61.

38 LLOBET ANGLI, M., "Terrorismo y «guerra» contra el terror: límites a su punición en un Estado democrático *Op. cit.*, págs. 80 y 81.

39 ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., "El Terrorismo como Crimen contra la Humanidad", *Op. cit.*, pág. 23.

resulta posible en la actualidad que ambos fenómenos (crimen de lesa humanidad y terrorismo) puedan converger, lo que ocurrirá usualmente allí donde haya unas instituciones públicas débiles y la presencia de un grupo terrorista con una capacidad operativa elevada[40].

Sea como fuere, llegados a este punto y siguiendo a AMBOS y a TIMMERMANN, se podría calificar al terrorismo, a lo sumo, como un crimen transnacional basado en un tratado particularmente grave que está a un paso de convertirse en un auténtico crimen internacional. Además, formas extremas de terrorismo pueden constituir crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad y así ser directamente punibles bajo el derecho internacional[41].

En este sentido, para un sector doctrinal, los delitos de terrorismo constituyen un crimen internacional, siempre que formen parte de un ataque generalizado o sistemático sobre civiles, y cuando los ejecutores sean conscientes o tengan conocimiento de que los actos criminales son parte de una pauta general o sistemática de conducta, y se manifiesten como alguno de los tipos expresamente previstos (asesinato, tortura, exterminio, etc.) por la normativa penal internacional prevista en el art. 7.1 ER de la CPI. Esta clase de terrorismo exige que los actos constituyan una ofensa criminal en la mayoría de los sistemas legales nacionales (como asesinato, secuestro, tortura, extorsión, etc.), que las conductas se dirijan a difundir terror a través de la producción de acciones violentas o de amenazas directas de ello contra un Estado, o bien realizadas contra un público o un grupo particular de personas y que estos hechos tengan una motivación política, religiosa u otra de relevancia, rechazándose la búsqueda de la consecución de determinados fines privado. Otros autores se habrían centrado en que el número de víctimas sería común al terrorismo internacional y a los crímenes contra la humanidad y que sería la interacción entre el elemento contextual y el político el que convierte un delito en crimen contra la humanidad[42].

Por su parte, GARZÓN REAL considera acertada la inclusión de los crímenes de terrorismo como crímenes de lesa humanidad, tipificados en el art. 7 del ER de la CPI, señalando que "en cuanto a la inclusión de organizaciones, no ofrece duda alguna la idoneidad de las paraestatales, paramilitares y las terroristas, siempre que los actos típicos del art. 7 desarrollados se integren en ataque generalizado y sistemático contra un sector de la población civil, formando parte de un plan preconcebido dirigido contra ese sector, determinado por sus características permanentes o transitorias

40 PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., "La nueva configuración de los delitos de terrorismo", *Op. cit.*, pág. 70.

41 AMBOS, K.; TIMMERMANN, A., "Terrorismo y Derecho Internacional consuetudinario" en *Terrorismo y Derecho Penal* (ed. Ambos, K.; Malarino, E. y Steiner C.), Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, pág. 44.

42 MENDOZA CALDERON, S., "Los crímenes de lesa humanidad: la necesidad de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Su implementación en el Código Penal español", *Op. cit.*, págs. 1778 y siguientes.

(gremiales, corporativas, culturales, económicas, nacionales, racionales, etc.). Por todo ello, en casos como el del terrorismo Islámico, el de ETA, IRA, FARC, etc., sus acciones en algunos casos pueden catalogarse como crímenes contra la humanidad y ser sometidos en su caso a la Corte Penal Internacional"[43].

Finalmente, desde la perspectiva de la práctica nacional hay que resaltar que se ha creado una "cierta asimetría y solapamiento" entre los tipos penales nacionales de terrorismo y de crímenes de lesa humanidad, circunstancia que tiene su origen en el carácter vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad, conminatorias de la adopción de legislación penal sobre terrorismo como crimen internacional, y en el principio de complementariedad del Estatuto de la Corte propulsor de la tipificación nacional de los crímenes de lesa humanidad[44].

3. LOS DELITOS COMETIDOS POR ETA CON ANTERIORIDAD AL 1 DE OCTUBRE DEL AÑO 2004: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Respecto de los crímenes cometidos por la organización terrorista ETA antes del 1 de octubre del año 2004, ante la inexistencia de tipificación del delito de lesa humanidad en el CP español y pese a la existencia de normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales que incluyen los delitos de lesa humanidad, su configuración como delitos de lesa humanidad no parece posible, debido al principio de irretroactividad penal, toda vez que la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de legalidad exige que el derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la Constitución Española (en adelante, CE) y con los efectos dispuestos en la misma.

De acuerdo con el Derecho español, los tratados internacionales una vez ratificados tienen el carácter auto ejecutivo por lo que pueden ser aplicados directamente por los Tribunales españoles. Este principio de aplicación directa se encuentra limitado, sin embargo, por el principio legalidad. Por esta razón si bien existen disposiciones del ER que son directamente aplicables, y cuya introducción en el Derecho interno no resultaba imprescindible, sí era necesaria la actuación del legislador para adaptar sus legislaciones penales con el fin de introducir determinadas figuras delictivas en el CP e igualmente desarrollar aspectos de la cooperación con el nueva CPI[45].

---

43 GARZÓN REAL, B., *Cuento de Navidad: es posible un mundo diferente*, Ediciones de la Tierra, 3ª edición, 2002, pág. 138.

44 JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Derecho Internacional Penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente", *Op. cit.*, pág. 48.

45 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; PÉREZ CEPEDA, A. I., "El Derecho Penal en el ámbito internacional" en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (coord. Berdugo Gómez de la Torre, I.), Tomo I, Iustel, Madrid, 2ª edición, 2015, pág. 188; BORJA JIMENÉZ, E., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 872.

En este sentido, la interpretación del principio de legalidad realizada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante, TS) en su sentencia nº 798/2007 de fecha 1 de octubre de 2007 (dictada en el conocido como "caso Scilingo") es totalmente restrictiva sobre el papel de la costumbre internacional en el Derecho penal interno español, y no ayuda a resolver los problemas de inadecuación del Derecho interno al Derecho internacional[46]. El TS ha considerado, con gran parte de la doctrina penalista española, que el Derecho internacional penal no sería directamente aplicable salvo que existiese una previa trasposición al Derecho interno español, pues las normas internacionales carecerían de eficacia directa. Para el TS la interpretación

46 STS, Sala 2ª, nº 798/2007, Fundamento de Derecho 6º, 3. a 8.: "3. En la sentencia impugnada se sostiene que el artículo 607 bis viene a incorporar una norma previa de Derecho Internacional Penal consuetudinario. Niega el recurrente la posibilidad de aplicación directa de las normas de Derecho Internacional Penal. Las normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución. (…) Estas consideraciones relacionadas con su origen permiten reconocer a estas normas, en cuanto constituyen las bases normativas para la protección de los Derechos Humanos, algunos efectos diferentes a los de otras que también forman parte del Derecho Internacional Penal, pero que vienen referidas a la persecución internacional de otras conductas delictivas previamente contempladas a nivel interno y que solo posteriormente han sido incorporadas a instrumentos internacionales. 4. Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho Internacional Penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales. La Constitución, artículos 93 y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, que deben ser observadas. En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones. En este sentido, el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), luego de establecer en el apartado 1 el principio de legalidad de delitos y penas conforme al "derecho" nacional o internacional, viene a reconocer que una condena basada en los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contraria al Convenio. Establece así un mínimo de carácter general. Pero no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales. De todos modos, el Derecho Internacional Penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No solo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes. Como referencia, pueden tenerse en cuenta las diferencias que presentan entre sí la descripción típica que se contiene en el artículo 607 bis del Código Penal y la que aparece en el artículo 7 del Estatuto de la CPI. Además, las normas internacionales consuetudinarias no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa. De ello cabe concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles".

de los arts. 93 y siguientes de la CE exigiría la incorporación del Derecho internacional al derecho interno. A su juicio los tribunales internos españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales (que aplican su propio orden jurídico y sus propios estatutos). Además, el Derecho internacional consuetudinario no es apto para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles[47].

Así, no es posible que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Y si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada pero siempre a partir de su publicación, pues la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) prohíbe sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 2.1 CP)[48].

---

47 FERNÁNDEZ LIESA, C. R., "La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho Penal Español", en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universa*l (coord. Tamarit Sumalla, J.), Atelier, Barcelona, 2010, pág. 83.

48 STS, Sala 2ª, nº 798/2007, Fundamento de Derecho 6º, 1. y 2.: 1. La cuestión que plantea el recurrente exige determinar si la aplicación del artículo 607 bis a los hechos vulneró el principio de legalidad. Este principio, tal como viene formulado en el artículo 25.1 CE en cuanto al ámbito penal, supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento. Incorpora en primer lugar "una garantía de índole formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una «reserva absoluta» de Ley en el ámbito penal" (STC 283/2006), lo cual implica el carácter escrito de la norma dado nuestro sistema de fuentes para el Derecho Penal (*lex scripta*). De forma que las conductas constitutivas de delito deben aparecer contempladas en una norma escrita con rango de ley, que además les asocie una pena. Pero no solo esto. En segundo lugar, en términos de la sentencia que se acaba de citar, este principio incorpora otra garantía de carácter material y absoluto, consistente en la "imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, F. 4; 218/2005, de 12 de septiembre, F. 2; 297/2005, de 21 de noviembre, F. 6)". Consiguientemente, el principio de legalidad, en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, solo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita (*lex scripta*), anterior a los hechos (*lex previa*), que las describa con la necesaria claridad y precisión (*lex certa*) y de modo que quede excluida la aplicación analógica (*lex stricta*). En definitiva, exige *lex previa, stricta, scripta y certa*. De esta forma, el ejercicio del ius puniendi del Estado queda limitado a aquellos casos en los que haya mediado una advertencia previa a través de una ley, de modo que el agente pueda ajustar su conducta de manera adecuada a las previsiones de aquella. Previsibilidad que depende, en realidad, de las condiciones objetivas de la norma, y no tanto de la capacidad individual de previsión del sujeto. De todo ello se desprende que el principio contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal, que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable. El Código Penal vigente, por su parte, establece el principio de legalidad de los delitos en el artículo 1.1; de las penas en el artículo 2.1; reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo, incluso durante el tiempo de cumplimiento de la condena en el artículo 2.2; y prohíbe la analogía en el artículo 4.1. 2. El artículo 607 bis del Código Penal entró en vigor el día 1 de octubre de 2004, en fecha muy posterior a los hechos enjuiciados. Por lo tanto, solo sería posible

Esta interpretación del principio de legalidad no es acorde con la evolución del Derecho internacional, donde el principio de legalidad ha sido reconocido en el ámbito internacional en un sentido más amplio que en el Derecho interno, lo que lleva a que parte de la doctrina considere que el Derecho internacional consuetudinario oponible a España forma parte del derecho interno desde su formación, sin más trámites[49]. Asimismo autores como FERNÁNDEZ LIESA afirman que la interpretación del TS tampoco parece acorde con la que realiza el Tribunal Europeo de Derechos humanos (en adelante, TEDH)[50] del art. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, y ratificado en España por instrumento de 26 de septiembre de 1979[51] (entrando en vigor el 4 de octubre de ese año), que ha contribuido a crear un orden público europeo, unos valores europeos comunes o un superconstitución europea[52].

---

su aplicación en el caso de que pudiera establecerse que se trata de una norma más favorable, lo cual exige la determinación de la norma vigente al tiempo de los hechos. En el Código español no existía en aquel momento ninguna norma que estableciera una sanción para hechos descritos de la misma forma en que aparecen en el referido artículo 607 bis".

49 REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. DIEZ HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., PÉREZ·PRAT DURBAN, L., "Derecho internacional", Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 631.

50 A este respecto, no puede dejar de citarse el asunto Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania (demandas 34044/96, 35532/97 y 44801/98) resuelto por sentencia de 22 de marzo de 2001, que también insiste en la idea del valor de la costumbre internacional como fuente del derecho: "La sentencia del TEDH de 22 de marzo de 2001 (caso *Streletz* y otros c. Alemania), ha reafirmado que el principio de legalidad penal ha sido respetado en la condena a antiguos dirigentes de la Alemania del Este por inducción al asesinato de quienes intentaban atravesar el muro de Berlín, al aplicar los tribunales de la RFA el derecho penal de la RDA vigente en la época de los hechos, pues las órdenes de aniquilar a cualquier precio violaban los derechos fundamentales recogidos en la Constitución de la RDA. Actos que considera imputables a los demandantes a título individual y que constituían delitos definidos con la suficiente accesibilidad y previsibilidad tanto en derecho interno como internacional" (GARCES, J. E., "Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo", *Op. cit.*, pág. 179).
En este sentido, con posterioridad, el TEDH ha considerado que la expresión "Derecho", contenida en el art. 7.1 CEDH menciona tanto el Derecho escrito como el no escrito (en referencia tácitamente a la costumbre y a "los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas"). De esta manera se pone de manifiesto una clara contradicción entre el principio de legalidad europeo y el de los Estados europeos, como Alemania, Italia, España o Portugal que, en principio, excluyen, consecuencia del requisito de *lex scripta*, el Derecho consuetudinario de las fuentes del Derecho penal (BACIGALUPO ZAPATER, E., "La legalidad como norma del derecho consuetudinario internacional: la irretroactividad de los delitos y las penas" en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?* (ed. Montiel, J. P.), Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 63 y 64).

51 Publicado en el BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

52 FERNÁNDEZ LIESA, C. R., "La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho Penal Español", *Op. cit.*, pág. 87. Sobre este particular puede leerse: GALLANT, K. S., "La legalidad como norma del Derecho consuetudinario internacional; la irretroactividad de los delitos y las penas" en *Op. cit.*, págs. 315-354.

4. LOS DELITOS DE TERRORISMO COMETIDOS POR ETA COMO DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ART. 607 CP

Con la ratificación del ER de la CPI por parte de España, mediante Instrumento de 19 de octubre de 2000 –tras la autorización exigida por el art. 93 CE y otorgada por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre[53]– se hizo conveniente, para adecuar el ordenamiento español a las obligaciones internacionales contraídas, la introducción en nuestro derecho interno de los delitos contenidos en el ER, lo cual se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de reforma del CP[54] que añadió el Capítulo II bis y que entró en vigor el 1 de octubre del año 2004. En el seno de ésta, el art. 607 bis tipificó los delitos de lesa humanidad, siendo dicho precepto modificado posteriormente por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio[55], y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo[56]. Es por tanto a partir de tal tipificación en el ordenamiento interno de España cuando se podrían considerar los delitos cometidos a partir de dicha fecha por la banda terrorista ETA como crímenes de lesa humanidad si dichos actos cumplen con los requisitos recogidos en el tipo de los delitos de lesa humanidad.

La consecuencia más importante de la aplicación de la nueva regulación penal, a efectos de su investigación y eventual enjuiciamiento, consiste en que tales delitos si fueran calificados como delitos de lesa humanidad devendrían imprescriptibles según la reforma incorporada por la Ley Orgánica 15/2003 y conforme se establece en el actual art. 131.3 CP, por lo que podrían seguir siendo investigados *sine die* hasta la terminación del procedimiento penal. Asimismo, tampoco prescribirán las penas impuestas por dichos delitos (art. 133.2 CP).

Sin embargo, todos los atentados perpetrados por la banda terrorista cometidos con anterioridad al 1 de octubre del año 2004 no pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad aunque cumplieran con los requisitos recogidos en el art. 607 bis CP y además no se les podría aplicar tampoco la regla de la imprescriptibilidad porque supondría una aplicación retroactiva contra reo de la ley penal[57], no solo

53 Publicación en el BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2000.

54 Publicada en el BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

55 Publicada en el BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010. Esta reforma introdujo los colectivos con discapacidad dentro de los grupos perseguidos recogidos en el número 1º del apartado 1 del art. 607 bis CP.

56 Publicada en el BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. Dicha norma ha dado una nueva redacción a los números 1º y 6º del apartado 2 y ha añadido su actual apartado 3 del art. 607 bis CP.

57 La regla de imprescriptibilidad que el actual art. 131.3 CP atribuye a los delitos de lesa humanidad no se encontraba vigente en el CP de 1973 y no se contempla en el actual CP hasta que se incorpora por la Ley Orgánica 15/2003. A este respecto, el Auto Penal Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de Instrucción, Sección 5, Rec 29/2016 de 22 de Octubre de 2018 establece que: "La doctrina penal y la jurisprudencia española han considerado que el instituto de la prescripción es una norma de carácter sustantivo y de orden público sobre el que actúa el criterio de la irretroactividad salvo en lo favorable. Por tanto, aun cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijen la

contraria al art. 2.2 CP, sino al principio de legalidad penal que dimana del art. 25.1 CE, como así tiene establecido el Tribunal Constitucional (en adelante, TC)[58].

Por ello tales actos delictivos están sujetos por tanto al periodo de prescripción aplicable en función a la pena y el delito cometido, por lo que habida cuenta del largo lapso de tiempo transcurrido desde su comisión y teniendo en cuenta que el plazo de prescripción más largo que recoge el CP es de 20 años que se aplicará cuando la pena máxima señalada al delito sea de prisión de 15 años o más (art. 131 CP) es obvio que en la mayoría de los supuestos pendientes de resolver y cuya investigación se encuentra abandonada o el procedimiento judicial archivado provisionalmente, ya se habrá producido la prescripción de tales delitos.

4.1. El bien jurídico protegido

La cuestión del bien jurídico protegido en el art. 607 bis del Código penal ha suscitado una interesante polémica en la doctrina penal española, en la que podemos observar dos posturas opuestas. Una, que defiende la concepción del bien jurídico en estos delitos desde una perspectiva exclusivamente individual y otra a la que podríamos denominar mayoritaria, que considera que el bien jurídico protegido en estos delitos posee carácter colectivo, configurándose como un bien jurídico supraindividual[59].

Para la primera, la figura de los crímenes contra la humanidad nace para proteger bienes jurídicos personalísimos fundamentales frente a los ataques masivos o sistemáticos realizados con la participación o tolerancia del poder político[60]. Es decir, el

imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad y aunque esa exigencia haya sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, la misma tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva. Son contundentes los argumentos del TS que declaran que la fuerza expansiva de la cultura de protección de los derechos humanos, que es vinculante en la interpretación jurisprudencial, ha de ajustarse a las exigencias del principio de legalidad, en los términos que aparece diseñado en el art. 9.3 CE".

58 Así la STC, Sala Segunda, de 30 de marzo de 1981 dictada en el Recurso de amparo nº. 220/80, establece lo siguiente: "Por su parte el artículo 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión, esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas (Título IV, capítulo segundo de la Constitución). Se infiere también de tal precepto que la acción u omisión han de estar tipificadas como delito o falta en la legislación penal (principio de tipicidad) y, asimismo, que la Ley penal que contenga la tipificación del delito o falta y su correspondiente pena ha de estar vigente en el momento de producirse la acción u omisión. En virtud de este artículo 25.1 y al margen de otras implicaciones que no sería pertinente analizar ahora, cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por Ley que no esté vigente en el momento de producirse aquélla («nullum crimen, nulla poena sine praevia lege»)".

59 GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, pág. 45; LANDA GOROSTIZA, J.M., "El 'nuevo' crimen de lesa humanidad: una primera aproximación", *Op. cit.*, pág. 87.

60 GIL GIL, A., "Artículo 607 bis", *Op. cit.*, pág. 1997

delito de lesa humanidad protege bienes jurídicos individuales de las personas, que, por su modo especial de comisión ha sido necesaria la protección de estos ataques por parte de la Comunidad Internacional[61].

Para la segunda posición, la propia ubicación dogmática del delito, dentro del título XXIV –delitos contra la Comunidad Internacional– representa un claro indicio de la interpretación del legislador acerca de este tema. Así los crímenes de lesa humanidad atentarían contra un bien jurídico perteneciente a la Comunidad internacional, la protección de la población civil, como elemento necesario para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, a través de la protección de los bienes jurídicos Individuales más importantes, como la vida, la integridad física, la libertad y otros[62]. Es decir, los delitos de "lesa humanidad" se consideran como delitos pluriofensivos por cuanto, de un lado, se lesiona a la Comunidad Intrnacional a que se refiere la propia rúbrica del Título XXIV y, de otro lado, se dañan los diferentes bienes eminentemente personales de cada una de las víctimas que sufren los ataques masivos y sistemáticos que caracterizan a tales delitos[63].

La denominación y contenido de este bien jurídico perteneciente a la Comunidad internacional es diversa según cada autor. Para algunos autores además de la paz internacional se está protegiendo los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de grupos no dominantes y perseguidos[64] y para otros, la paz, la seguridad y el bienestar mundial concretados en las reglas de coexistencia humana[65]. Así, para BORJA JIMÉNEZ, el objeto de tutela se encuentra precisamente en el respeto a las formas de convivencia de los grupos humanos y de la sociedad civil, a su dignidad como grupo y como parte de la sociedad civil frente a campañas de agresión, discriminación y hostigamiento de otros grupos organizados y con cierta estructura de poder[66].

---

61 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", Dykinson, Madrid, 2016, pág. 249.

62 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., "Delitos contra la comunidad internacional" en *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, 6ª edición, Dykinson, Madrid, 2021, pág. 980; LANDA GOROSTIZA, J.M., "El 'nuevo' crimen de lesa humanidad: una primera aproximación", *Op. cit.*, pág. 70 y siguientes.

63 MAÑAS DE ORDUÑAS, A., "Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad" en *Derecho penal parte especial* (coord. Zárate Conde, A.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2ª edición, 2018, pág. 1073. En una orientación intermedia y partiendo desde una interpretación estrictamente internacionalista de este delito, para CAPELLÁ I ROIG, sólo bienes jurídicos supraindividuales son afectados por este delito y nombra a los Derechos humanos, la paz y la seguridad internacional como los bienes jurídicos colectivos protegidos por esta figura criminal; señalando, asimismo, un sujeto pasivo colectivo caracterizado en la población civil (CAPELLÁ i ROIG, M., "La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 384).

64 RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., "Delitos contra la comunidad internacional" en Delitos. La parte especial del derecho penal (coord. Lamarca Pérez, C.), Dykinson, Madrid, 7ª edición, 2022, pág. 1115.

65 NICOLAS JIMÉNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional" en *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (coord. Romeo Casabona, C.; Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M.A.), Comares, Granada, 2016, pág. 862

66 BORJA JIMÉNEZ, E., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 880.

Esta segunda postura nos parece más acertada, teniendo en cuenta el argumento de GARCÍA SÁNCHEZ de que la consideración exclusiva de la protección de bienes jurídicos individuales no justificaría, el plus de injusto de estos delitos que avalan la pena impuesta para ellos, pues la vulneración masiva de estos bienes jurídicos individuales se castigaría a través de un concurso real, con el que quedaría abarcado todo el injusto cometido[67].

4.2. Tipo objetivo: la conducta punible

El art. 607 bis plasma la tipificación del delito de lesa humanidad, aprovechando el legislador español prácticamente la regulación que, sobre el mismo, se realiza en el artículo 7 del ER, como una variante complementaria del delito de genocidio[68], aunque el delito de lesa humanidad puede ser cometido tanto en tiempo de guerra como de paz[69]. De hecho, encuentra una justificación político criminal más consistente en este ámbito, donde la protección de las personas por las leyes de la guerra no se aplica, al no existir un conflicto bélico[70].

La diferencia entre el delito de lesa humanidad y el genocidio es que el primero consiste en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil con conocimiento de dicho ataque, mientras que el segundo apunta a la destrucción total o parcial de un grupo con determinadas características[71].

El tenor de dicho artículo sigue en general en su contenido lo dispuesto en el art. 7º del ER para coordinar la legislación interna española con las competencias de la CPI[72], aunque no se trata de una copia ciega del mismo, dada la necesidad de integrarlo del modo más razonable en el contexto sistemático del Código penal español[73]. Por ello, aunque el art. 607 bis está inspirado en el art. 7º del ER se observan algunas diferencias

---

67 GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, pág. 47.

68 SÁNCHEZ MELGAR, J., "Código penal. Comentarios y Jurisprudencia", Tomo II, Sepin, Madrid, 4ª edición, 2016, pág. 3518; DE URBANO CASTRILLO, E., "Art. 907 bis III. Comentario" en Comentarios al código penal Arts. 446 a la Disposición derogatoria (dir. Conde-Pumpido Touron, C.; coord. López De Quiroga, J.), Tomo 5, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 3824.

69 NICOLAS JIMÉNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional" *Op. cit.*, pág. 863; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 981.

70 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, pág. 244.

71 RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., "Delitos contra la comunidad internacional" *Op. cit.*, pág. 1114.

72 Entre las razones recogidas en la Exposición de motivos de la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el CP, en relación a los nuevos delitos creados, destacan las contenidas en la letra k): "Se definen y regulan los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional".

73 TAMARIT SUMALLA, J. M., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional" en *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (dir. Quintero Olivares, G.; coord. Morales Prats, F.), Aranzadi, Madrid, 10ª edición, 2016, pág. 2281; CAPELLÁ i ROIG, M., "La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad", *Op. cit.*, pág. 371.

entre ambos[74] y para algunos autores la definición española de este delito dista bastante de la internacional[75], convirtiéndose en una reformulación del tipo, al transponer al Derecho interno la norma procedente del Estatuto modificando la estructura del contexto, lo que afecta a la interpretación de los elementos del tipo, dando lugar a interpretaciones alejadas del núcleo esencial del crimen contra la humanidad[76].

Esta diferencia en la definición puede obedecer, según GARCÍA SÁNCHEZ, a que el Estatuto es un Tratado Internacional que establece un estándar de mínimos que los Estados deben de asumir y respetar, pero no impide que los países adopten un concepto más amplio de crimen de lesa humanidad, de cara a una mayor protección de los derechos humanos. Aunque ello –una concepción más amplia de los delitos de lesa humanidad– puede traer como consecuencia la dificultad de su delimitación con otras figuras afines ya existentes en los Códigos Penales nacionales[77].

No obstante, para un sector doctrinal importante la regulación del art. 607 bis recoge la estructura y definiciones establecidas en el art. 7º del ER[78], así como las del texto que acompaña el Estatuto, denominado EC (art. 9 ER de la CPI)[79], donde se recogen las particularidades de cada uno de los delitos regulados[80] y en cualquier caso ambos documentos pueden ser utilizados para la interpretación del CP español[81].

---

74 MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Comentarios al código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo), La Ley, Madrid, 2016, pág. 1690; DE URBANO CASTRILLO, E., "Art. 907 bis III. Comentario", *Op. cit.*, pág. 3824; MAÑAS DE ORDUÑAS, A., "Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad", *Op. cit.*, pág. 1074; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1113; GONZÁLEZ AGUDELO, G., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 438; GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995 *Op. cit.*, pág. 42; LANDA GOROSTIZA, J.M., "El 'Nuevo' Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación", *Op. cit.*, pág. 74.

75 GIL GIL, A., "Artículo 607 bis" *Op. cit.*, pág. 1997.

76 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, pág. 225.

77 GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, págs. 36 y 37.

78 De hecho "…aprovechando el legislador español prácticamente la regulación que, sobre el mismo, se realiza en el artículo 7 del Estatuto de Roma, lo que de manera abierta anuncia la propia exposición de motivos al expresar que la definición de los delitos contra la comunidad internacional permite coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional" (PERIS RIERA, J., "Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional" en *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (dir. Morillas Cuevas, L.), Dykinson, Madrid, 2015, pág. 893).

79 Según establece el art. 9 ECPI, los "Elementos de los crímenes" ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma.

80 DE LEÓN VILLALBA, F. J., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional" en *Comentarios al código penal* (dir. Arroyo Zapatero L.; Berdugo Gómez De La Torre, I.; Ferré Olivé, J.C.; García Rivas, N.; Serrano Piedecasas J.R. y Terradillos Basoco, J.M.; coord. Nieto Martín, A.; Pérez Cepeda, A.I.), Iustel, Madrid, 2007, pág. 1122; BORJA JIMÉNEZ, E., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 880.

81 GARCÍA ARÁN, M., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, págs. 2701-2702; SÁNCHEZ MELGAR, J., "Código penal. Comentarios y Jurisprudencia", *Op. cit.*, pág. 3518; DE URBANO CASTRILLO, E., "Art. 907 bis III. Comentario", *Op. cit.*, pág. 3825.

La definición del delito de lesa humanidad viene establecida sobre la base de la comisión de un hecho concreto: homicidio; lesiones; detenciones ilegales, etc. (delito subyacente), dentro del contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. Los hechos en que pueden consistir dicho ataque generalizado o sistemático contra la población civil se describen en el apartado segundo del artículo que castiga con diversas penas diversos supuestos (la causación de muerte, lesiones, etc..) que en sí mismos son ya constitutivos de delitos comunes (homicidio, asesinato, etc..) recogidos también en el CP (remitiéndose a la regulación específica de cada uno de los delitos), por lo que en caso de no poderse aplicar los delitos contra la humanidad, bien porque no se den los requisitos del mismo bien porque los hechos ocurrieran antes de la entrada en vigor del ER y de su incorporación al Derecho nacional, serían aplicables dichos tipos delictivos comunes[82]. Por ello la comisión del delito de lesa humanidad consiste en definitiva en la comisión de concretos delitos comunes en el específico contexto que el art. 607 bis describe[83].

4.2.1. El elemento contextual

El número 1 del art. 607 bis describe la situación o contexto en el que debe cometerse la conducta para constituir un crimen contra la humanidad: el acto debe constituir una participación en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. Este elemento teleológico es común a todas las modalidades[84], integrando lo que –como ya hemos dicho– la doctrina (al comentar la referencia similar[85] contenida en el art. 7. 1 ER de la CPI) ha denominado "cláusula umbral", destinada a establecer la gravedad necesaria para que los hechos cometidos puedan ser considerados como crímenes contra la humanidad[86] y que reside en

82 MUÑOZ CONDE, F., "Derecho Penal Parte Especial", Tirant lo Blanch, Valencia, 24ª edición, 2022, pág. 757.

83 LANZAROTE MARTÍNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional" en Código penal. Comentarios y jurisprudencia (dir. Del Moral García, A., coord. Escobar Jiménez, R.), Tomo II Arts. 234 a 616 quáter, Comares, Granada, 4ª edición, 2018, pág. 3147.

84 GIL GIL, A., "Artículo 607 bis", *Op. cit.*, pág. 1997; PERIS RIERA, J., "Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional" *Op. cit.*, pág. 893; DE LEÓN VILLALBA, F. J., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1123; GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, 2006. pág. 48.

85 En realidad, existen varias diferencias entre ambas cláusulas que son expuestas en MENDOZA CALDERÓN, S., "Los crímenes de lesa humanidad: la necesidad de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Su implementación en el Código Penal español", *Op. cit.*, págs. 1777-1786.

86 LANZAROTE MARTÍNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 3147. Debe remarcarse que el art. 607 bis CP, a diferencia del art. 7. 1. ECPI, habla de ataque contra la población civil "o contra una parte de ella", no realizando por tanto una transposición literal de la cláusula al ampliar el ámbito de aplicación de la norma, pues ya no es necesario que la población en su conjunto sea sujeto pasivo del ataque, bastando con un número considerable de personas o grupos de personas que formen parte de la población civil.

la comisión del hecho dentro de un determinado contexto que implica un plus de injusto y peligrosidad por su modo de ejecución[87].

A ello no obsta que el texto legal establezca, seguidamente, que "en todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional[88]. 2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen[89]".

Pues, como dicen CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, dicha formulación no introduce nuevos requisitos a la definición del delito, sino que se trata de una previsión aclaratoria o de interpretación auténtica con la que se indican dos supuestos en los que cabe la comisión del delito, siempre que se den los requisitos de la definición anterior, es decir, la participación en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella[90].

Sin embargo otros autores consideran que la situación de participación en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil es simplemente uno de los posibles contextos cuya concurrencia en el hecho delictivo permite su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional, al igual que la concurrencia de cualquiera de las circunstancias (o contextos alternativos) recogidas en los números 1º y 2º de dicho primer párrafo, es decir en aquellos casos de persecución por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad[91] u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional; o en el contexto de un régimen de apartheid (régimen institucionalizado

87 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, pág. 226.

88 Esta situación se corresponde con lo que el art. 7.2. del Estatuto de Roma define como persecución.

89 Esta circunstancia constituye el crimen de apartheid de los arts. 7.1. j y 7. 2. h del Estatuto de Roma.

90 GARCÍA ARÁN, M., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 2705. En un sentido similar GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, pág. 55.

91 Según FEIJOO SÁNCHEZ, la referencia expresa a la discapacidad, introducida por la LO 5/2010, no ha venido a ampliar el ámbito de protección del art. 607 bis "sino que viene a especificar un motivo universalmente reconocido como inaceptable con arreglo al derecho internacional. La persecución por motivos de discapacidad representaba ya una conducta típica desde la introducción del delito de lesa humanidad mediante la reforma del año 2003. Ello es así porque la modalidad de persecución no hace una definición cerrada de los motivos relevantes para el tipo, sino que deja la cuestión abierta mediante la referencia a «motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional»" (FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La reforma de los delitos de genocidio y lesa humanidad en relación a la protección de personas discapacitadas", La Ley Penal, nº 80, marzo de 2011, Wolters Kluwer, pág. 12).

de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen). Es decir, sin que sea necesario que en todo caso los hechos delictivos deban llevarse a cabo como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil[92].

La ya citada STS nº 798/2007, acoge esta interpretación de contextos alternativos de los delitos de lesa humanidad, afirmando que: "…su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional encuentra justificación en las circunstancias añadidas que integran el elemento de contexto. Son éstas, según el artículo 607 bis del Código Penal, el que los hechos concretos se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella, o bien cuando se cometan por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional o bien, se cometan en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen[93]".

Para LIÑÁN LAFUENTE esta concepción disyuntiva de los distintos contextos sólo podría ser defendida desde una postura que considere que el ataque generalizado o sistemático ya está implícito en los apartados del art. 607.bis. 1. 1 y 2. C.P, pero según el autor, dicha afirmación sólo sería aplicable de un modo automático en el caso del crimen de apartheid y de más dudosa extrapolación al crimen de persecución. Para fundamentar esta afirmación es necesario acudir a instrumentos interpretativos internacionales que aclaran cómo deben ser entendido ambos conceptos[94].

A este respecto GIL GIL considera que los dos contextos –persecuciones y apartheid– han de ser interpretados como dos concreciones del contexto típico que no integran un listado cerrado de situaciones, sino que han de entenderse como dos ejemplos *ex legem* que equivalen al contexto de ataque generalizado o sistemático, pero que no excluyen otras posibles situaciones que integren este ataque[95].

---

92 COLINA OQUENDO, P., "Capítulo II bis De los delitos de lesa humanidad" en *Código penal (concordado y comentado con jurisprudencia) y leyes penales especiales y complementarias* (dir. Rodríguez Ramos, L.; coord. Rodríguez-Ramos Ladaria, G.), La ley, Madrid, 2015, pág. 2389; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., "Comentarios al código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo)", *Op. cit.*, pág. 1690; MAÑAS DE ORDUÑAS, A., "Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad", *Op. cit.*, pág. 1075; LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, pág. 230.

93 STS nº 798/2007, Fundamento de Derecho 6º, 8.

94 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, págs. 233 y 235.

95 GIL GIL, A., "Artículo 607 bis", *Op. cit.*, pág. 1999. En el mismo sentido LANDA GOROSTIZA, J. M., "El 'nuevo' crimen de lesa humanidad: una primera aproximación", *Op. cit.*, pág. 75; y GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, pág. 55.

En cualquier caso y como bien resume LANDA GOROSTIZA, la variación en la definición del contexto típico que opera el legislador español a la hora de transformar en normativa interna el crimen contra la humanidad del ER afecta nada menos que al aspecto clave para diferenciar los delitos de lesa humanidad de la criminalidad ordinaria. Por ello cualquier variación al respecto influirá decisivamente en la fijación de los márgenes de esta figura delictiva respecto de otros comportamientos criminales próximos[96].

Ataque generalizado y sistemático

La acción delictiva es en realidad la de perseguir y que esta persecución consiste en atacar con medios físicos[97]. Pero al contrario que el ER en su art. 7.2 a), el CP no define lo que debe entenderse por ataque generalizado o sistemático contra la población por lo que, aunque puede utilizarse la definición contenida en la norma internacional como guía orientativa, su contenido no puede ser vinculante por cuanto se trata de una definición que limita el contenido de dicho concepto al ligar el "ataque contra una población" a la existencia de conformidad del mismo con una política de un Estado o de una organización para cometer ese ataque o para promover esa política. Aunque el silencio puede interpretarse como remisión tácita a dicha definición[98], la existencia de varias diferencias entre el contenido del art. 7 del ER y el del art. 607 bis del CP, nos induce a pensar qué si el legislador hubiera querido limitar ese concepto en el sentido indicado en el ER, lo habría delimitado así en el propio tenor del artículo y que al no hacerlo, puede estar pretendiendo otorgar una mayor protección, ampliando las conductas típicas de los delitos de lesa humanidad[99].

En cualquier caso, la utilización de la fórmula disyuntiva ("o") en las dos características descritas en el ataque contra una población civil (generalizado o sistemático), hace que ambas características no necesiten darse acumulativamente, bastando con una sola de ellas[100].

Mediante la referencia al ataque "generalizado" se alude en un sentido cuantitativo a ataques que se manifiesten a gran escala ya sea por la realización de una multitud de actos o por el elevado número de víctimas, mientras que por medio del término

96 LANDA GOROSTIZA, J. M., "El 'nuevo' crimen de lesa humanidad: una primera aproximación", *Op. cit.*, págs. 75 y 76.

97 VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., "Comentario al código penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio", La Ley, Madrid, 2010, pág. 1097.

98 Así lo defiende LANDA GOROSTIZA, J. M., "El 'nuevo' crimen de lesa humanidad: una primera aproximación", *Op. cit.*, pág.87.

99 GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, pág. 49.

100 GARCÍA ARÁN, M., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 2703; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., "Comentario al código penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio", *Op. cit.*, pág. 1096.

"sistemático" se atiende a un aspecto cualitativo del ataque, vinculado a la naturaleza planificada y organizada del mismo[101]. Por el contrario, para VÁZQUEZ IRUZUBIETA lo "generalizado" implica indiscriminación en cuanto a la elección de las víctimas, sin previa determinación, y lo "sistemático" da una idea de persistencia y continuidad[102].

Dichos requisitos se requieren de manera alternativa y, además, se refieren al contexto o línea de conducta del que tiene que formar parte dichos actos, con lo que la realización de un solo acto típico, incluso de una sola víctima, constituye un crimen de lesa humanidad, si forma parte de un plan o línea de conducta de ataque generalizado o sistemático[103].

Respecto de la circunstancia recogida en el nº 1 del apartado 1 del art. 607 bis CP, por persecución, dada la inexistencia de definición alguna de dicho término en el artículo y aplicando como guía la interpretación contenida en el art. 7.2. g) del ER, puede entenderse como la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho Internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad. Se trata por tanto de un supuesto de comisión de delitos graves pero cuya motivación responde a la pertenencia del sujeto pasivo a un determinado colectivo (elemento subjetivo) que es, además, objeto de persecución por esos mismos motivos (elemento objetivo)[104].

Por el contrario, el escenario colectivo recogido en el nº 2 del apartado 1 del art. 607 bis tiene una proyección típica mucho más restringida pues se centra en la dinámica de enfrentamiento entre colectivos exclusivamente raciales[105].

En relación a las acciones de la banda terrorista ETA, el Auto de 9 de julio de 2015, del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 (Diligen¬cias Previas, Procedimiento abreviado 89/2013)[106] y el Auto de 27 de octubre de 2015[107], dictado a continuación

---

101 DÍAZ MORGADO, C., "Título XXIV De los delitos contra la comunidad internacional" en *Comentarios al código penal Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1784; CÓRDOBA RODA, J. (dir.), GARCÍA ARÁN, M. (dir), "Comentarios al Código Penal Parte Especial", Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2703; DE LEÓN VILLALBA, F. J., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1123; NICOLAS JIMÉNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, págs. 862 y 863; GONZÁLEZ AGUDELO, G., "Delitos contra la comunidad internacional" *Op. cit.*, pág. 439.

102 VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., "Comentario al código penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio", *Op. cit.*, pág. 1096.

103 GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español", en El Derecho Penal Internacional (dir. Bacigalupo Zapater, E.), Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, nº 7, 2001, pág. 32.

104 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 982.

105 LANDA GOROSTIZA, J. M., "El 'nuevo' crimen de lesa humanidad: una primera aproximación", *Op. cit.*, pág. 77.

106 Dictado por el Magistrado D. Juan Pablo González González.

107 Dictado también por el Magistrado D. Juan Pablo González González.

en el mismo procedimiento anterior de procesamiento de cinco integrantes de la cúpula de la organización terrorista ETA, en ambas resoluciones el Magistrado concluye que sí es posible sostener indiciariamente la existencia de un delito de lesa humanidad prevista en código penal español que contempla la comisión de delitos de asesinato, traslado forzoso, deportación, entre otros, cuando dichos delitos se cometan como parte de un ataque generalizado contra la población civil o parte de ella, siendo éste el elemento que los convierte en crímenes contra la humanidad. Y ello debido a que en el caso de los crímenes de ETA concurren *prima facie* dichos elementos o circunstancias, pues la violencia de la banda terrorista de ETA debe ser considerada una "violencia de persecución[108]" y los hechos delictivos se cometen como parte de un ataque sistemático contra una parte de la población civil, constituidos por colectivos que son perseguidos por razones políticas e ideológicas, cuya eliminación o expulsión del territorio mediante la coacción o el terror son considerados por la organización estratégicamente necesarios para la consecución de sus objetivos políticos. Siendo a partir de la ejecución de dicha estrategia cuando se identifican las víctimas que lo son por la única razón de su pertenencia a los grupos y colectivos perseguidos.

Sin embargo, la misma Audiencia Nacional también se ha pronunciado en sentido contrario, así en el mismo procedimiento anterior, el Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 3 en el procedimiento de Procedimiento abreviado 89/2013 (que estima el recurso de reforma formulado por el procesado y acuerda dejar sin efecto respecto de él el auto de procesamiento dictado por el Magistrado anterior al que sustituye en dicho Juzgado)[109] afirma que el terrorismo no constituye un crimen de lesa humanidad, reproduciendo lo manifestado en ese sentido por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto nº 155/2016, de 8 de abril de 2016[110].

---

108 Auto de 27 de octubre de 2015 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 (Diligen¬cias Previas, Procedimiento abreviado 89/2013).

109 Dictado por la Magistrado Dña. Carmen Lamela Díaz.

110 Dicho Auto tiene por objeto el recurso de apelación contra el Auto de 13 de enero del 2016 del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia nacional (en el Procedimiento Ordinario nº 2/2000 que acordó no admitir a trámite la querella por delitos de lesa humanidad en relación con el asesinato de Luis Portero García cometido el día 9 de octubre de 2000. La referida resolución pese a referise un delito cometido con anterioridad a la modificación del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, hace también referencia al tenor del art. 607 bis y a las disimilitudes entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes terroristas.
AAN, Sección 3ª, núm. 155/2016, de 8 de abril de 2016: "Aun cuando consideremos que el terrorismo es una forma de ataque letal, que puede afectar a un número elevado de víctimas, y que puede tener un carácter transnacional, ello por sí solo no sirve para hacerle partícipe de las características técnicas que configuran los crímenes de lesa humanidad. El número elevado de víctimas no convierte un atentado terrorista en un crimen contra la humanidad, sino que el dato clave a estos efectos, es la vinculación entre el sujeto activo del delito a una organización idónea para generar el ataque en cuestión (elemento político), dentro a su vez de una acción generalizada o sistemática (elemento contextual). El elemento determinante en los crímenes de lesa humanidad es el desafío real a las instituciones, que se acredita por su capacidad generadora de más crímenes similares que provoca reacciones en

Valga por delante que la argumentación vertida por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto de fecha 8 de abril de 2016 se refiere, casi en su integridad, al concepto de "ataque generalizado o sistemático contra la población civil por motivos discriminatorios" contenido en el art. 7 ECPI y "Documento de los "Crímenes" y desarrollado por la jurisprudencia internacional haciéndolo extensivo al contenido en el art. 607 bis del CP, lo que supone que de hecho no diferenció entre ambos preceptos y por tanto no tuvo en cuenta las diferencias existentes entre dichos textos. Extremo que en cierta medida era lógico, por cuanto el art. 607 bis CP no estaba vigente cuando se cometieron los hechos objeto del procedimiento judicial y por ello debía referirse únicamente a la posible aplicación a los hechos objeto del procedimiento del art. 7 ECPI. Sin embargo, dicha convalidación entre ambos textos que realiza la referida resolución es asumida sin más, es decir, sin analizar las peculiaridades propias del art. 607 bis CP frente al precepto del ER, por el Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 en el procedimiento de Procedimiento abreviado 89/2013 que se seguía por hechos ocurridos estando vigente ya el referido art. 607 bis CP, consolidando por tanto una línea jurisprudencial en la Audiencia Nacional que podría calificarse de desactualizada[111].

En cuanto al ataque generalizado o sistemático la citada resolución considera que "(…) en los crímenes de lesa humanidad, el aspecto sistemático permite que los actos individuales se analicen desde una perspectiva más lesiva, que les confiere unidad material que supone un desafío real para la naturaleza de las instituciones, mientras que en los delitos de terrorismo (incluso internacional), el objetivo político se relaciona con el elemento volitivo mediato, que es la coacción a un Estado y basta ésta para que se dé un acto terrorista, sin mayores pretensiones. Para que una organización terrorista pueda crear un elemento contextual en el que se inserten los actos que configuran los crímenes contra la humanidad, sería preciso un cambio en la naturaleza de aquellas, para llevar a cabo ataques sistemáticos en el sentido estricto de los crímenes contra la humanidad".

Por ello para el Auto analizado, "(…) el terrorismo es un acto, no un "ataque" generalizado" sin unidad a posteriori, y por tanto, sin la capacidad de emanar ese elemento

cadena, ya que no sólo el peligro perpetrado se incrementa, sino que también esa participación en el ataque crea una atmósfera (incita) a los crímenes de otros; y no esa superioridad relativa propia que existe entre la organización terrorista y la víctima… … El terrorismo es un acto, no un "ataque" generalizado" sin unidad a posteriori, y por tanto, sin la capacidad de emanar ese elemento contextual, ya que se agota en sí mismo por su carácter azaroso. El marco cualitativo superior de los crímenes de lesa humanidad, implica sostenibilidad en el tiempo y un peligro adicional que no depende de los medios utilizados; mientras que un acto terrorista carece de la posibilidad de extender su contexto, es decir, de multiplicar las consecuencias de la ignominia." En definitiva, un acto de terrorismo no será nunca "per se" un crimen contra la humanidad, salvo en los casos que la interacción entre el elemento contextual y político genere uña vis atractiva similar a la que provoca en las conductas del artículo 7.1 ECPI, como así sucede en el caso "Scilingo", ausente sin embargo en el supuesto que nos ocupa".

111 Pero que también ha sido seguida por el Auto de la Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de Instrucción, Sección 6, Rec 25/2016 de 31 de Octubre de 2016.

contextual, ya que se agota en sí mismo por su carácter azaroso. El marco cualitativo superior de los crímenes de lesa humanidad, implica sostenibilidad en el tiempo y un peligro adicional que no depende de los medios utilizados; mientras que un acto terrorista carece de la posibilidad de extender su contexto, es decir, de multiplicar las consecuencias de la ignominia."

Tales afirmaciones no parecen aceptables, pues como dice FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, los actos aparentemente «individualizados» de terrorismo están entrelazados entre sí porque responden a la planificación y estrategia ideada y ordenada por la cúpula de la organización terrorista (lo que les otorga la dimensión de crimen de lesa humanidad)[112].

Asimismo, siguiendo la argumentación de éste autor, la actividad terrorista de ETA ha sido desarrollada y continuada durante casi cinco décadas y caracterizada por una pluralidad de conductas delictivas (no sólo por asesinatos) y así consta en informes y trabajos de todo tipo (policiales, científicos, de organizaciones pacifistas, etc.), en sentencias judiciales nacionales e internacionales y en Informes internacionales como el del Comisario Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa[113] que acreditan que lo que caracteriza a la actividad de la organización terrorista ETA es precisamente tanto su carácter continuado en el tiempo (durante casi cinco décadas), la ramificación o diversificación de dicha actividad terrorista en distintos frentes y destinatarios (no habiéndose agotado su actividad «en un acto»), así como el haber obedecido siempre a una planificación gestada en las respectivas cúpulas de la organización terrorista; planificación en cuya ejecución han participado los miembros civiles y «militares» de la misma[114].

Elemento político

El artículo 607 bis C.P. no exige, a diferencia del art.7 ER de la CPI, que el ataque se haya llevado a cabo de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política. Por lo tanto, el elemento político del crimen contra la humanidad no se requiere para que pueda cometerse un delito de lesa humanidad.

Sin embargo, la Sentencia nº 16/2005 de 19 de abril de 2005 (Rec. 139/1997) dictada por la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Caso Scilingo

112 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., "Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la Audiencia nacional relativa a la organización terrorista nacionalista ETA", Revista de Derechos Fundamentales, nº 30, Segundo Semestre, 2017, pág. 69.

113 Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario de Derechos Humanos sobre su viaje a España y, en particular, al País Vasco, del 5 al 8 de febrero de 2001, disponible en la página web del Consejo de Europa: https://rm.coe. int/16806da57f, págs. 105-118.

114 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., "Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la Audiencia nacional relativa a la organización terrorista nacionalista ETA", *Op. cit.*, págs. 66 y 67.

(y revocada por la STS nº 798/2007), sí lo identifica como un elemento definidor del delito de lesa humanidad, al interpretar los elementos generales del tipo que, la exigencia de ataque contra la población civil viene a significar en estos momentos una actuación de conformidad con políticas de Estado o de una organización no estatal, pero que ejerce el poder político "de facto". No obstante, la mera lectura de dicha resolución que estos puntos definidores del delito los selecciona de la jurisprudencia del Tribunal de la Ex-Yugoslavia, a través de distintas sentencias de aplicación de su Estatuto y no de la interpretación del tipo penal del artículo 607 bis CP[115].

Es cierto que la exigencia de que el ataque sea generalizado o sistemático, parece conducir a la exclusión de la posibilidad del castigo de conductas individuales[116]. Ahora bien, como bien dice LIÑÁN LAFUENTE, si dicha persona, actuando en solitario, realizase diversos actos contra un grupo determinado, repitiendo un patrón de conducta de modo sistemático, dado que la interpretación gramatical el tipo penal no exige que el ataque lo cometa un Estado o una organización, sí que podría ser considerado como un ataque típico en el delito de lesa humanidad[117].

Además, parte de la doctrina defiende que no es suficiente con que el ataque lo lleve a cabo una cualquier grupo u organización, terrorista o criminal, sobre los que pueda asumir el Estado su represión en el orden interno, sino que esta ha de tener un concreto poder que caracteriza el elemento político del crimen contra la humanidad. Se trataría de delitos que no pueden cometerse fácilmente esos delitos en países democráticos, donde prevalece el sistema parlamentario de la voluntad popular[118].

Así, GIL GIL, defiende que ese elemento se encuentra en el nivel de poder que alcance la organización que lanza el ataque, pues sólo cuando ésta ostente un poder tal que neutralice al del Estado o controle de facto, una parte de su territorio, se habrá de considerar que la comisión de los delitos comunes –cometidos en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil– han pasado a convertirse en crímenes contra la humanidad[119].

Por el contrario para autores como LIÑÁN LAFUENTE, el anterior argumento sería válido para fundamentar la competencia del Derecho penal internacional sobre esta clase de crímenes, pero no aplicable en el ámbito del derecho nacional, pues en éste la propia forma de llevar a cabo el ataque exige que se cometa, al menos, por un grupo organizado, el cual ha de tener un poder de actuación tal –por su estructura, medios, conexiones internacionales, etc.– que les posibilite cometer un ataque generalizado

---

115 Ver SAN nº 16/2005, Fundamento de Derecho Primero: "A) Calificación Penal de los hechos", 4. y "B. La aplicabilidad al caso del vigente tipo penal de lesa humanidad", "5. Sobre la Aplicabilidad General los Crímenes Contra la Humanidad", 3.

116 GONZÁLEZ AGUDELO, G., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 438.

117 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, págs. 240 y 241.

118 CARDONA TORRES, J., "Derecho penal parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio", Bosch, Barcelona, 2010, pág. 641.

119 GIL GIL, A. "Derecho Penal Internacional", Tecnos, Madrid, 1999, pág. 143.

o sistemático y además, la propia estructura criminal, sitúe a los organizadores del ataque en una posición que dificulte el castigo a los mismos. Por lo que bastaría para incluir como posibles sujetos activos del delito de lesa humanidad, a organizaciones criminales o terroristas que ataquen de un modo sistemático o generalizado a un grupo de población civil[120].

Sobre este elemento el Auto de la Audiencia Nacional nº 155/2016, de 8 de abril de 2016 establece, siguiendo el concepto internacional del delito de genocidio, que "…otro rasgo típico de este tipo de crímenes internacionales es la implicación de un aparato estatal en su comisión, de ahí la necesidad de establecer un marco de responsabilidad penal desvinculado del ordenamiento estatal, aunque lo cierto es cada vez es más frecuente que ese tipo de acciones sean desplegadas por actores armados no estatales, grupos u aparatos organizados para-estatales, cuya capacidad de afectar a la comunidad internacional en su conjunto es equiparable a la de un Estado".

Por ello –sigue diciendo la resolución– "…mientras los crímenes de lesa humanidad nacen de la combinación de una movilización similar a la que genera un "estado de guerra", cuyos recursos y planificación impiden que sea cometido por un solo sujeto, fruto de que el ataque generalizado o sistemático sea parte del tipo; el terrorismo puede contemplar perfectamente un acto aislado que consista en un asesinato como es el caso, un atentado u otra conducta típica. Las organizaciones terroristas, por lo general, tienen una menor capacidad de confrontación con el Estado, y se valen de su organización tanto para llevar a cabo sus ataques como para potenciar la clandestinidad y cohesión interna, como base de su propia subsistencia. Las organizaciones terroristas sólo pueden realizar actuaciones políticas, en cuanto un plan concreto trazado para lograr determinado objetivo, pero no como elemento demandado por el art. 7.2 a) ECPI, ya que carecen de los medios materiales para ello, no estando cohesionadas para implementar una política a gran escala como la que exige la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad".

Sin embargo, haciendo abstracción del caso concreto juzgado y siguiendo la trayectoria de la banda terrorista, parece difícil no interpretar que el asesinato en cuestión no es un «acto aislado» de terrorismo sino un asesinato que responde a la misma estrategia y planificación seguida por ETA que motivó y originó tanto los cometidos con anterioridad como los que le siguieron después.

Contra la población civil

El ataque debe realizarse sobre la población civil que se configura como el sujeto pasivo del delito. Para unos autores, en el término población civil se integra no sólo una definición estricta como aquellas personas que no pertenezca a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado o Fuerzas armadas, sino que incluye en un contexto de "conflicto armado" a quienes, habiendo participado en éste, se encuentran fuera

120 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, pág. 243.

de combate[121]. En sentido contrario para otros autores deben incluirse como posibles sujetos pasivos de este delito a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad[122], dejando fuera únicamente a los miembros de los cuerpos militares[123].

En el caso de la banda terrorista ETA este elemento se encuentra desarrollado en el Auto de 27 de octubre de 2015 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, cuando se establece que "los colectivos concretos de la sociedad contra cuyos representantes o miembros ETA ha dirigido su actividad terrorista, han permanecido prácticamente sin alteración desde el advenimiento de la democracia en España, sufriendo únicamente ligeras variaciones, que son consecuencia de las adaptaciones estratégicas que hacía la banda terrorista para, de acuerdo a sus análisis de la situación política y social en cada momento, mejorar la eficiencia de su actividad terrorista. Así, durante el período que se extiende desde 1978 hasta 1992, ante la creencia de que lo fundamental era presionar al Estado español, el objetivo era golpearlo en su columna vertebral, por lo que la mayor parte de las acciones terroristas de ETA se dirigen contra los «cuerpos represivos» (Guardia Civil y Policía, así como a los «colaboradores» de los mismos) y los «poderes fácticos» (las Fuerzas Armadas). No obstante, la actividad terrorista también se dirigió contra el poder económico español, contra los bienes de capital francés, contra los funcionarios de prisiones, en apoyo a reivindicaciones de tipo ecológico (Lemóniz, autovía del Leizarán…) y cometiendo secuestros con la finalidad de procurarse fondos 74. Como ya hemos señalado, lo que caracterizaba a las personas que eran objeto de la actividad delictiva realizada por ETA y el resto de organizaciones del MLNV era su posicionamiento ideológico o su adscripción a actividades o sectores institucionales, políticos, ideológicos, profesionales o sociales que a juicio de la banda terrorista impedían o dificultaban el desarrollo de su proyecto político, económico y social"

4.2.2. Las acciones

Las acciones que, junto con el contexto de ataque generalizado y sistemático contra un sector de la población civil, configuran el delito de lesa humanidad están descritas en el art. 607 bis, 2 y abarcan las siguientes conductas: homicidio; violación o agresión sexual; lesiones; sometimiento a condiciones peligrosas para la vida o que perturben gravemente la salud (entendidos en el sentido utilizado en los respectivos tipos penales comunes del Código penal); la deportación de personas o traslado forzoso de personas –mediante la expulsión u otros actos de coacción– sin motivos autorizados por el derecho internacional, a otro Estado o lugar; el forzamiento

121 DÍAZ MORGADO, C., "Título XXIV De los delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1784; GARCÍA ARÁN, M., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 2704.

122 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, pág. 245.

123 DE LEÓN VILLALBA, F. J., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1124.

del embarazo con el fin de modificar la composición étnica de una población[124]; la desaparición forzosa de personas[125] y las detenciones ilegales por infracción de las normas internacionales sobre la detención; las torturas, grave o menos grave, sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control[126]; la prostitución forzada y explotación sexual[127], así como el traslado forzoso de personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima; y la esclavitud, entendiendo por ésta la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

4.3. El tipo subjetivo

Los delitos de lesa humanidad solo admiten la forma dolosa. La imprudencia es incompatible con el conocimiento que debe tener el sujeto de estar participando en un ataque general o sistemático[128]. Teniendo en cuenta que el dolo debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo de injusto, el autor deberá ser consciente de que su hecho delictivo forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella[129].

El ar. 607, bis, 2 incluye, en concreto una serie de conductas que exigen dolo directo[130] en el que se incluye el conocimiento de que las actuaciones del sujeto forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o grupos de ésta[131]. Así por parte de la doctrina española se ha señalado que la compleja estructura típica del delito implica que además del dolo propio del acto individualizado, ha de aparecer un elemento subjetivo del injusto constituido por la ulterior finalidad de atacar con

---

124 Conforme a lo dispuesto en el art. 7.1. d) y g). 4, respectivamente, de los "Elementos de los Crímenes" anexo del Estatuto de Roma.

125 Art. 607 bis. 2. 6º CP: "Se entenderá por desaparición forzada la aprehensión, detención o el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley".

126 A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos (art. 607 bis. 2. 8º CP).

127 Conductas comprendidas en los arts. 187.1 y 188.1 CP.

128 RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1119; GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, pág. 56.

129 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, pág. 255; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 983.

130 DE URBANO CASTRILLO, E., "Art. 907 bis III. Comentario", *Op. cit.*, pág. 3825.

131 RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1115; DE LEÓN VILLALBA, F. J., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1124.

tal acto a la población civil o a una parte de ella. Se trata de actos que exigen la finalidad o elemento subjetivo de atentar no contra una persona en particular, sino contra un grupo homogéneo, en todo o en parte, de una población civil[132].

De este modo, al mero conocimiento del contexto se le habría de añadir la intención de atacar a una parte de la población civil para considerar perfeccionado el tipo[133]. Es decir, el sujeto debe tener conocimiento del ataque y del nexo entre sus actos y el contexto[134].

Por tanto, la vertiente subjetiva de todos estos delitos tiene un elemento subjetivo del injusto o preordenación, debe representarse el autor que su acto concreto forma parte del ataque, que excluye el dolo eventual[135]. En sentido contrario se manifiesta LIÑÁN LAFUENTE, para quien en el caso de que el autor del hecho no estuviera seguro de que su acto formara parte del ataque, pero habiéndose planteado dicha posibilidad actuare, nada impediría, que si el hecho finalmente formaba parte del ataque pudiera ser considerado como el delito recogido en el art. 607 bis CP[136].

A este respecto, la Sala de lo Penal, Sección Tercera, de la Audiencia Nacional, en su Auto núm. 155/2016, de 18 de abril, excluye que el asesinato del caso de autos se trate de un crimen de lesa humanidad porque no aprecia que se dé en él el elemento de premeditación (esto es, «con conocimiento de dicho ataque»): *"El elemento de premeditación, se refiere al conocimiento por parte del autor de que sus actos se encuadraban en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y no a la intención preexistente de causar la muerte de una persona determinada por ciertos motivos o en ciertas condiciones» 76. Sobre este particular los «Elementos de los Crímenes», que constituyen los parámetros interpretativos de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra contemplados, respectivamente, en los arts. 7 y 8 del ECPI, precisan que para la comisión de éstos no es necesario que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o de la política del Estado o de la organización".*

Sin embargo, parece contradictorio afirmar que una persona que es miembro de una banda terrorista y por orden de ésta lleve a cabo un delito de asesinato, no tenga conocimiento de que sus actos se encuadraban en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Por cuanto que precisamente una persona que se integra en una organización de este tipo suele ser consciente de los objetivos que persigue la misma y entre los que se encontraba –en el caso de ETA– la eliminación

132 SÁNCHEZ MELGAR, J., "Código penal. Comentarios y Jurisprudencia", *Op. cit.*, pág. 3518.

133 GONZÁLEZ AGUDELO, G., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 441.; LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, pág. 256.

134 RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1115.

135 MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Comentarios al código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo), *Op. cit.*, pág. 1694.

136 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, pág. 256.

física de todo aquel considerado por aquella como «enemigo» y entre los que se encontraban parte de la población civil[137].

De conformidad con lo expuesto, resulta que son elementos de los delitos de lesa humanidad, los siguientes: a) como elemento objetivo, la realización (por acción u omisión) de una de las conductas enumeradas en el precepto; b) como elemento subjetivo, la intención de realizar tales actos (dolo); y finalmente c) como elemento teleológico especial, el conocimiento y voluntad de realizar la conducta típica en cualquiera de las circunstancias anteriormente destacadas y previstas en el tipo.

De lo anterior resulta que este delito es eminentemente doloso en los que el doble elemento intencional debe alcanzar tanto al autor directo del plan (generalmente constituido por líderes políticos y militares) como a los que ejecutan el mismo, que responderán como coautores, y que por tanto puede cometerse por acción como por omisión[138].

4.4. Los sujetos activo y pasivo del delito

Dado que el Código Penal español no exige que dicho ataque sea conforme con una política de un Estado o de una organización, se puede defender que dichos ataques pudieran provenir de personas individuales que conociendo la existencia de dicho contexto de ataques generalizados o sistemáticos por parte de determinados grupos realicen dichos actos contra la población civil[139]. Pueden ser autores directos los particulares y los representantes de la autoridad del Estado donde se comete el delito, así como los que toleren su perpetración[140].

Aunque, como ya hemos dicho anteriormente, teóricamente cabe la comisión del delito por un solo individuo, en la práctica la realización del mismo es poco menos que imposible sin una pluralidad de personas y una cierta planificación lo que apunta

---

137 Sobre los grupos y colectivos parte de la sociedad civil que eran objeto de ataque por parte de ETA puede leerse el Auto de procesamiento de fecha 27/10/2015 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 3 anteriormente trascrito parcialmente.

138 MAÑAS DE ORDUÑAS, A., "Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad", *Op. cit.*, pág. 1076.

139 GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, pág. 50; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español", *Op. cit.*, págs. 20 a 24; LANZAROTE MARTÍNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 3147. En este sentido, "la conexión del autor con el ataque es, en gran medida, una relación de tipo subjetivo, pues el autor debe ser consciente de que su comportamiento se enmarca dentro de un contexto criminal, aunque el acto criminal –desde el punto de vista objetivo– deba poder ser considerado como parte del ataque" (LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, págs. 251 y 252).

140 RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1115.

hacia varias categorías de autores[141]. Y en este sentido los partícipes siguen las reglas generales de la autoría y la participación[142].

Asimismo, no existen criterios claros sobre qué organizaciones o grupos pueden cometer los delitos de lesa humanidad, como tampoco si aquellos deben estar movidos por algún tipo de convicción política[143]. Si bien el sujeto activo vendrá conformado por aquellas personas que integren el aparato de poder y participen en alguna medida de su estructura y la responsabilidad será mayor conforme ocupe el reo una posición más elevada en la cadena de mando del ámbito jerárquico de esa estructura de poder[144], dado que el tipo no establece ningún tipo de limitación o especificidad de los sujetos actuantes, también podrá ser aplicado a cualquiera que realice los hechos descritos[145].

En cuanto a los sujetos pasivos, estos delitos únicamente pueden tener como víctimas a miembros de la población civil, especialmente los que pertenezcan a grupos que sean perseguidos «por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptable con arreglo al derecho internacional» (art. 607 bis 1.1º CP)[146].

Sin embargo, es la persona individual, el sujeto pasivo de la acción en todas las actuaciones delictivas contempladas en el art. 607 bis 2. CP puesto que en todas las acciones contempladas en dicho apartado –violaciones, deportaciones, esclavitud, …–, los bienes jurídicos contemplados son de tipo personalísimo –vida, integridad física, libertad de movimiento…– lo que implica que su portador será la persona atacada, y no la población civil en su conjunto, pues sólo partiendo desde la defensa de un bien jurídico protegido de carácter supraindividual se podrá señalar a ésta como la portadora del mismo[147].

No obstante lo cual, para autores como BORJA JIMÉNEZ, aunque el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico que lesione la respectiva conducta subyacente, también la población civil, o un sector de la misma, considerada en atención al rasgo distintivo que ha tenido en cuenta el ofensor para llevar a cabo la acción criminal, puede ser percibida indirectamente como sujeto pasivo del delito internacional[148]. Y para otros

---

141 MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Comentarios al código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo), *Op. cit.*, pág. 1694.

142 RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1116.

143 MAÑAS DE ORDUÑAS, A., "Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad", *Op. cit.*, pág. 1074.

144 BORJA JIMÉNEZ, E., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 881.

145 DE LEÓN VILLALBA, F. J., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1124.

146 RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1115.

147 LIÑAN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, pág. 253.

148 BORJA JIMÉNEZ, E., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, págs. 880 y 881.

autores el sujeto pasivo es tanto la persona diferentemente afectada por la acción constitutiva de delito de lesa humanidad, como la propia Comunidad Internacional, titulares, en ambos casos, de los bienes jurídicos afectados[149].

Finalmente, pese a que el tipo penal expresamente exige un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella (MENDOZA CALDERON), lo que puede sugerir la necesidad de un sujeto pasivo colectivo, la doctrina coincide en la no exigencia de una generalidad de víctimas como elemento necesario del tipo, sino que se refieren al contexto o línea de conducta del que pueden formar parte, con lo que un solo acto típico con una sola víctima puede dar lugar al tipo penal de delito de lesa humanidad, si forma parte de dicho ataque generalizado o sistemático contra la población civil (GIL GIL; FEIJOO)[150].

5. DIFERENCIACIÓN ENTRE DELITOS DE TERRORISMO Y DE LESA HUMANIDAD Y PROBLEMAS CONCURSALES

5.1. Los sujetos activo y pasivo del delito

Los delitos de terrorismo tienen como principal rasgo definitorio, la concurrencia –como elemento subjetivo del injusto– de la finalidad del autor de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Esta segunda alternativa del elemento subjetivo del tipo revela la pretensión de causar terror en la población a través de la comisión de delitos que siembran la intranquilidad, el desasosiego, la inquietud o el terror en los ciudadanos; en definitiva, lo que diferencia cualitativamente a estos delitos es la motivación de producir terror a la sociedad a través de esta forma de criminalidad común organizada[151].

Así el delito de lesa humanidad encuentra su diferencia respecto del delito de terrorismo, en los casos en que el atentado terrorista se produzca en el contexto previsto en el art. 607 bis, en la ausencia de finalidad política, porque estos ataques no requieren, como elemento específico subjetivo del injusto –en el ámbito de la legislación de la Unión Europea– el fin de intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o desestabilizar gravemente o destruir

149 MAÑAS DE ORDUÑAS, A., "Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad", *Op. cit.*, pág. 1074.

150 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 983; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Comentarios al código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo), *Op. cit.*, pág. 1690; LANZAROTE MARTÍNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 3147.

151 PIGNATELLY y MECA, F., "El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", *Op. cit.*, pág. 238.

las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional[152]; o como se recoge en el CP, el propósito de subvertir el orden constitucional o alternar gravemente la paz pública (art. 573 CP)[153].

Por otra parte, no puede olvidarse que lo esencial para diferenciar el delito de lesa humanidad de otras conductas criminales, radicará en el ataque, dependiendo la calificación jurídica del modo y la forma en que se llevan a cabo los hechos criminales, y si estos pueden ser considerados como una línea de conducta generalizada o sistemática dirigida contra la población civil[154].

Por ello, el punto más fluido de enlace entre el crimen contra la humanidad y los delitos de terrorismo puede situarse en la referencia a que los hechos acompañantes (por ejemplo, asesinatos, lesiones, secuestros, etc.) deben inscribirse en una línea de conducta en que tales hechos se van a cometer de una forma múltiple y, además, obedeciendo a una "política" para cometer el ataque contra la población o de promoción de ese ataque. En ese sentido parece correcto afirmar como hace LANDA GOROSTIZA, que el asesinato terrorista repetido que busca la modificación de posiciones del grupo ideológico declarado enemigo podría quizás ser uno de esos supuestos en que se está pensando como modalidad de crimen de lesa humanidad por cuanto formaría parte al parecer de una "política" de agresión contra el colectivo o en cualquier caso de promoción de aquélla. Sólo entonces si se dieran las circunstancias de que un grupo terrorista, racista, xenófobo pudiera acumular el poder suficiente para hacer ínter subjetivamente verosímil la quiebra radical y general de la situación de convivencia propia de un Estado de libertades; con otras palabras, sólo en el caso de que la "política" de eliminación del grupo terrorista sea viable e inminente cabría entonces activar la prohibición del delito de lesa humanidad[155].

En definitiva, en el ámbito interno español, en el CP muchos de los actos terroristas pueden constituir a su vez delitos de lesa humanidad (todos no, pues el ámbito punitivo del delito terrorista es mayor que el del delito de lesa humanidad). Así en relación, por ejemplo, en los actos terroristas ocurridos en nuestro país, como el 11-M o los perpetrados por la banda terrorista ETA, en principio, se pueden calificar tanto como crímenes de lesa humanidad (ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil o contra una parte de ella, cometiéndose a través de los delitos comunes enumerados por el art. 607 bis CP) y también como delitos de terrorismo (pues en dichos supuestos los autores actúan con la intención de subvertir un orden

152 Art. 3. 2 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 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

153 LANZAROTE MARTÍNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 3148.

154 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, págs. 243 y 244.

155 LANDA GOROSTIZA, J. M., "El 'nuevo' crimen de lesa humanidad: una primera aproximación", *Op. cit.*, pág. 81.

constitucional o alterar gravemente la paz pública, a través de ataques generalizados contra una parte de la población civil).

El problema de la delimitación entre ambos tipos, como bien pone de relieve GARCÍA SÁNCHEZ, se agudiza desde el momento en que los actos terroristas suelen en la práctica revestir el carácter sistemático o generalizado de un ataque contra la población civil. Además, dicha dificultad se agrava por el concepto amplio de ataque generalizado o sistemático de los delitos de lesa humanidad, extendiéndose a los realizados no sólo por los aparatos del poder estatal sino también a los realizados por parte de una organización no estatal[156].

5.2. Problemas concursales

Todos los tipos del delito de lesa humanidad que tienen un referente en otras partes del CP constituyen tipos agravados respecto de estos y son de aplicación preferente por razón de su especialidad[157], lo que convierte a cada modalidad de crimen contra la humanidad en ley especial frente al correspondiente delito común[158].

En este sentido los delitos de lesa humanidad consumen a los delitos comunes porque protegen los mismos bienes jurídicos individuales. Pero cuando hay pluralidad de víctimas, quienes defienden el carácter individual del bien jurídico protegido sostienen que cada ataque individual constituye un delito de lesa humanidad; y quienes defienden otra opción, resuelven esta situación de igual forma que para el delito de genocidio: concurso entre el delito de lesa humanidad y el resto de delitos comunes[159].

Es decir que el delito de lesa humanidad lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuricidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas sería necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado. En definitiva, para abarcar toda esa significación antijuridica sería preciso acudir al castigo conforme a dos leyes en juego, discutiéndose –asimismo– si estaríamos ante un concurso de delitos real o ideal, según las características de cada hecho.

Así entre los autores que defienden el carácter individual del bien jurídico protegido destaca GIL GIL, para la que cada modalidad de crimen contra la

156 GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, págs. 64 y 65.

157 RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 1119.

158 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 981.

159 NICOLÁS JIMÉNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 862; LANZAROTE MARTÍNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional", *Op. cit.*, pág. 3147.

humanidad es precepto especial frente al correspondiente delito común, por lo que la comisión de, por ejemplo, veinte muertes en el contexto que las convierte en crímenes contra la humanidad darán lugar a veinte crímenes contra la humanidad[160].

Con respecto a la perspectiva de un bien jurídico protegido supraindividual, en la ya mentada con anterioridad, Sentencia nº 16/2005 de 19 de abril de 2005 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se establece un concurso real entre varios delitos de lesa humanidad, al entender que cada conducta delictiva constituía un delito de este tipo. Pero para GARCÍA SÁNCHEZ, la solución en el caso de concurrencia de múltiples actos cometidos por una misma persona no es la del concurso real entre varios crímenes de lesa humanidad, sino la del concurso ideal, o bien, se podría optar por la aplicación de un delito de lesa humanidad, teniendo para ello en cuenta la conducta más grave cometida, en concurso real con las figuras comunes que constituyan el resto de los actos; iguales soluciones que las mantenidas para el delito de genocidio o terrorismo según algunas posturas doctrinales. Ello se justificaría con el fin de evitar la vulneración del principio *ne bis in idem*: si el bien jurídico protegido es la población civil, ésta ya quedaría protegido con la aplicación de un delito de lesa humanidad; por el contrario, si aplicamos un concurso real entre varios delitos de lesa humanidad estaríamos castigando varias veces por el mismo hecho[161].

Por su parte, en el ya mencionado Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2015 que admite a trámite la querella interpuesta contra la banda terrorista ETA, lo hace por delito de lesa humanidad en concurso real con delitos de asesinato. Sin embargo dicha calificación ha sido criticada porque no puede existir un concurso real entre un delito de lesa humanidad con causación de muerte y un asesinato –siempre que el hecho de matar sea el mismo que se ha cometido conectado con un ataque contra la población civil– pues obviamente no podría castigarse en concurso real ambas conductas sin vulnerar el *ne bis in idem*, pues la causación de la muerte constituye tanto un asesinato como, si es cometida en conexión con un contexto determinado, un delito de lesa humanidad[162].

En este sentido, en el caso de hechos delictivos que podrían ser calificados como delito de terrorismo o como delito de lesa humanidad, para LIÑÁN LAFUENTE, en muchas ocasiones nos encontraremos ante un concurso de leyes, es decir cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumida en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el principio *ne bis in idem*, por ejemplo del mismo modo que un acto puede ser al mismo tiempo un crimen de guerra y un delito de lesa humanidad. Siendo lo mejor, en estas situaciones, acudir al principio de especialidad para

160 GIL GIL, A., "Artículo 607 bis", *Op. cit.*, págs. 2001 y 2002.

161 GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, pág. 59.

162 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, págs. 261 y 262.

resolver el concurso aparente, pues si se opta por el criterio de mayor gravedad (art. 8.4 CP) se corre el riesgo de que por la habitual mayor penalidad del delito de lesa humanidad frente a otros delitos comunes se produzca una vis atractiva y una fagotización del delito de lesa humanidad frente a los crímenes que habitualmente son cometidos por organizaciones y que afectan a bienes jurídicos fundamentales[163].

6. CONCLUSIONES

La Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo (PETI) aprobó recientemente el Informe de Misión de fecha 21 de abril de 2022 sobre la situación en la que se encontraban los 379 casos de asesinato sin esclarecer cometidos por la banda terrorista ETA y en el cual se constaba que en un porcentaje significativo (aproximadamente el 44 % de los asesinatos de ETA) no existe sentencia judicial para todos los autores físicos de los delitos, lo que provoca una falta de justicia con respecto a las familias de las víctimas.

Por ello entre las Recomendaciones del informe se encuentran, entre otras, la de "Sugerir a las instituciones competentes que agoten las posibilidades interpretativas del Derecho penal, incluido el posible reconocimiento de los crímenes terroristas de ETA como crímenes contra la humanidad, incluso antes de 2004, por lo que se considera que no están sujetos a prescripción ni amnistía (8), recordando, que ya se han presentado varias iniciativas de modificación del CP español para que el principio de legalidad se interprete de acuerdo con el Derecho internacional".

Dicha solicitud parece estar en línea con una postura favorable a la específica interpretación del principio de legalidad con la existencia de normas no escritas y la idea del valor de la costumbre internacional como fuente del derecho, respecto a lo dispuesto en el art. 7 del CEDH y de acuerdo a la jurisprudencia emanada del TEDH, lo que supondría la necesidad de un cambio en la interpretación efectuada por el TS sobre dicha cuestión o, en la intención de impulsar una modificación del CP por la cual el principio de legalidad pueda ser aplicado teniendo en cuenta lo establecido en múltiples Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Estado Español, opción ésta que ya ha sido objeto de diversas iniciativas legislativas que hasta el momento no han prosperado.

Tanto en el terrorismo transnacional *stricto sensu* como en el internacional, los injustos ocasionados lesionan o ponen en peligro la paz y seguridad internacional, al igual que podría ocurrir con el terrorismo interno si éste alcanza un umbral concreto, a causa de las víctimas causadas o medios de terror empleados. Por ello se ha producido un importante desarrollo de la legislación de los Estados

163 LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", *Op. cit.*, págs. 243 y 244. En el mismo sentido: GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", *Op. cit.*, págs. 65 a 67.

en materia antiterrorista y se ha generado una serie de declaraciones unilaterales de representantes de Estados y de Organizaciones internacionales relativas a la calificación del terrorismo como crimen internacional y violación de los derechos humanos.

Los crímenes de lesa humanidad (art. 7º) se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta que no es permisible con arreglo al Derecho internacional generalmente aplicable, como se reconoce en los principales sistemas jurídicos del mundo. Asimismo, la determinación de los elementos o puntos definidores del delito de lesa humanidad y su prueba se ha efectuado por la jurisprudencia del TPIY a través de distintas sentencias de aplicación de su Estatuto.

Aunque el texto del ER sólo tipificó cinco crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no encontrándose el terrorismo entre los cinco crímenes tipificados, se considera que en el ámbito penal, el Estatuto es un gran paso adelante en la lucha contra el terrorismo y que éste se encuentra ya incluido en las infracciones castigadas en aquél y que, al crear la CPI, la comunidad internacional ha hecho una contribución importante tanto a la política de enjuiciar y castigar a los presuntos terroristas como a la prevención de los actos terroristas.

Entre los actos referenciados en el artículo 7 del ER que podrían constituir manifestaciones del terrorismo se menciona el asesinato, el exterminio, la deportación o traslado forzoso de población, la tortura y la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional. Además, el apartado k) del art. 7 se refiere a cualesquiera otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

No obstante lo anterior, se discute en la doctrina la identificación del crimen de terrorismo como un crimen autónomo o subsumido por otra de las categorías de crímenes de derecho internacional reconocidas por el ER, así como si revisten las características de los crímenes de lesa humanidad tal y como están previstos en el art. 7 del ER y se pueden enjuiciar por la CPI. De hecho, la redacción típica de los delitos de lesa humanidad conlleva que esta figura se sobreponga o converja con los delitos de terrorismo, pues por "ataque sistemático o generalizado" se entiende la comisión múltiple de actos de conformidad con un plan o una política determinada preconcebida, que tiene que realizarse contra la población civil. De este modo, si los actos terroristas se caracterizan por atentar contra los miembros de una sociedad de modo continuado e indiscriminado, siguiendo una estrategia de actuación planificada en orden a alcanzar determinados fines, las acciones terroristas contienen el carácter sistemático y generalizado de un ataque contra la población civil.

Respecto de los crímenes cometidos por la organización terrorista ETA antes del 1 de octubre del año 2004, ante la inexistencia de tipificación del delito de lesa humanidad en el CP y pese a la existencia de normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales que incluyen los delitos de lesa humanidad, su configuración como delitos de lesa humanidad no parece posible. Toda vez que la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de legalidad exige que el derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la CE, siendo necesaria la actuación del legislador introduciendo determinadas figuras delictivas en el CP e igualmente desarrollar aspectos de la cooperación con el nueva CPI.

Asimismo, conforme la doctrina del TS, no es posible que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Y si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada pero siempre a partir de su publicación, pues la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) prohíbe sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 2.1 CP). Por ello tampoco se les podría aplicar la regla de la imprescriptibilidad porque supondría una aplicación retroactiva contra reo de la ley penal, no solo contraria al art. 2.2 CP, sino al principio de legalidad penal que dimana del art. 25.1 CE y por tanto tales actos delictivos están sujetos al periodo de prescripción aplicable en función a la pena y el delito cometido.

En relación a estas cuestiones, por la doctrina internacionalista se discute que esta interpretación del principio de legalidad no es acorde con la evolución del Derecho internacional, donde el principio de legalidad ha sido reconocido en el ámbito internacional en un sentido más amplio que en el Derecho interno, ni tampoco parece acorde con la que realiza el TEDH del art. 7 del CEDH.

Todo ello se traduce en que la posible aplicación de la figura de los delitos de lesa humanidad a los actos cometidos por la banda terrorista ETA, especialmente a los llevados a cabo con anterioridad a octubre del año 2004, plantea de qué modo la adopción de compromisos internacionales por España, en materia de protección de los derechos humanos y de persecución de crímenes particularmente atentatorios de esos derechos, puede afectar a la investigación y enjuiciamiento de hechos calificables como delitos de lesa humanidad acaecidos antes de la introducción de dicho tipo penal en el CP español. Y, yendo más lejos aún, proyecta también la duda de alcance constitucional de si ante la inexistencia de convenios vinculantes en el sentido clásico, existe derecho internacional consuetudinario que pueda tenerse por obligatorio y que proyecte sus mandatos a esos mismos hechos aplicando el principio de legalidad penal internacional, obviando por tanto una aplicación estricta del principio de legalidad penal conforme se contiene en nuestra legislación. Dichas

cuestiones –ciertamente complejas– deben ser abordadas en la jurisdicción constitucional, al ser la sede natural para abordarlas y sobre las que no existe jurisprudencia de fondo dictada por el TC[164], siendo quizás dicho órgano el llamado a resolverlas de modo definitivo desde el punto de vista constitucional, al ser el único que según la Constitución tiene atribuida la última palabra en su interpretación[165].

La cuestión del bien jurídico protegido en el art. 607 bis CP ha suscitado una interesante polémica en la doctrina penal española, en la que podemos observar dos posturas opuestas. Una, que defiende la concepción del bien jurídico en estos delitos desde una perspectiva exclusivamente individual y otra a la que podríamos denominar mayoritaria, que considera que el bien jurídico protegido en estos delitos posee carácter colectivo, configurándose como un bien jurídico supraindividual. Esta segunda postura nos parece más acertada, pues la consideración exclusiva de la protección de bienes jurídicos individuales no justificaría, el plus de injusto de estos delitos que avalan la pena impuesta para ellos, pues la vulneración masiva de estos bienes jurídicos individuales se castigaría a través de un concurso real, con el que quedaría abarcado todo el injusto cometido.

En cuanto a la posible calificación de los delitos de terrorismo como delitos de lesa humanidad del art. 607 bis del CP se discute si el tenor del dicho artículo es similar al del art. 7 ER, debiéndose acoger que la tipificación de los delitos de lesa humanidad acogida en el CP es más amplia que la del ER. Así la definición del delito de lesa humanidad del art. 607 bis CP viene establecida sobre la base de la comisión de un hecho concreto: homicidio; lesiones; detenciones ilegales, etc. (delito subyacente), dentro del contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. Los hechos en que pueden consistir dicho ataque generalizado o sistemático contra la población civil se describen en el apartado segundo del artículo que castiga con diversas penas diversos supuestos (la causación de muerte, lesiones, etc..) que en sí mismos son ya constitutivos de delitos comunes (homicidio, asesinato, etc..) recogidos también en el CP (remitiéndose a la regulación específica de cada uno de los delitos), por lo que en caso de no poderse aplicar los delitos contra la humanidad, bien porque no se den los requisitos del mismo bien porque los hechos ocurrieran antes de la entrada en vigor del ER y de su incorporación al Derecho nacional, serían aplicables dichos tipos delictivos comunes.

Con respecto a la situación o contexto en el que debe cometerse la conducta para constituir un crimen contra la humanidad, el acto debe constituir una participación en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. Se discute en la doctrina si la situación de participación en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil es imprescindible o, por el contrario, se trata simplemente uno de los posibles contextos cuya concurrencia en el hecho

164 Auto del TC 80/2021, de 15 de septiembre de 2021, emitido en el Recurso de amparo 5781/2018.

165 Voto particular emitido por los magistrados Dña. Maria Luisa Balaguer Callejón y D. Juan Antonio Xiol Ríos en el ATC 80/2021, de 15 de septiembre de 2021.

delictivo permite su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional, al igual que la concurrencia de cualquiera de las circunstancias (o contextos alternativos) recogidas en los números 1º (aquellos casos de persecución por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional) y 2º (en el contexto de un régimen de apartheid). Siendo esta segunda posición la acogida por la STS nº 798/2007.

En cuanto a lo que debe entenderse por ataque generalizado o sistemático contra la población, el CP no define por lo que no existe unanimidad sobre si debe utilizarse de modo vinculante la definición contenida en el art. 7 ER, dada la existencia de varias diferencias entre el contenido de éste y el del art. 607 bis del CP, pero en cualquier caso, la utilización de la fórmula disyuntiva ("o") en las dos características descritas en el ataque contra una población civil (generalizado o sistemático), hace que ambas características no necesiten darse acumulativamente, bastando con una sola de ellas.

En relación a las acciones de la banda terrorista ETA, tanto el Auto de 9 de julio de 2015, del Juzgado Central de Instrucción nº 3, como el Auto de 27 de octubre de 2015, concluyen que sí es posible sostener indiciariamente la existencia de un delito de lesa humanidad prevista en código penal español que contempla la comisión de delitos de asesinato, traslado forzoso, deportación, entre otros, cuando dichos delitos se cometan como parte de un ataque generalizado contra la población civil o parte de ella, siendo éste el elemento que los convierte en crímenes contra la humanidad. Y ello debido a que en el caso de los crímenes de ETA concurren *prima facie* dichos elementos o circunstancias, pues la violencia de la banda terrorista de ETA debe ser considerada una "violencia de persecución" y los hechos delictivos se cometen como parte de un ataque sistemático contra una parte de la población civil, constituidos por colectivos que son perseguidos por razones políticas e ideológicas, cuya eliminación o expulsión del territorio mediante la coacción o el terror son considerados por la organización estratégicamente necesarios para la consecución de sus objetivos políticos. Siendo a partir de la ejecución de dicha estrategia cuando se identifican las víctimas que lo son por la única razón de su pertenencia a los grupos y colectivos perseguidos.

Sin embargo, la misma Audiencia Nacional también se ha pronunciado en sentido contrario, en el Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 3, reproduciendo lo manifestado en ese sentido por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Auto nº 155/2016, de 8 de abril de 2016. No obstante, debe ponerse de manifiesto que la argumentación vertida por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se refiere, casi en su integridad, al concepto de "ataque generalizado o sistemático contra la población civil por motivos discriminatorios" contenido en el art. 7 ER y en los EC y desarrollado por la jurisprudencia internacional por cuanto

el art. 607 bis CP no estaba vigente cuando se cometieron los hechos objeto del procedimiento judicial y por ello debía referirse únicamente a la posible aplicación a los hechos objeto del procedimiento del art. 7 ER de la CPI. Sin embargo, en el Auto de 20 de abril de 2016 dictado por la Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 3 se efectúa una convalidación entre ambos textos sin analizar las peculiaridades propias del art. 607 bis CP frente al precepto del ER, consolidando por tanto una línea jurisprudencial en la Audiencia Nacional que podría calificarse de desactualizada o incluso directamente errónea.

Con respecto al elemento político del crimen contra la humanidad, el art. 607 bis CP no exige, a diferencia del art. 7 ER de la CPI, que el ataque se haya llevado a cabo de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política, por lo que, pese a la existencia de alguna sentencia en sentido contrario –y la opinión de algunos autores de que la organización que lanza el ataque, debe ostentar un poder tal que neutralice al del Estado o controle de facto, una parte de su territorio–, cabe su comisión incluso por personas individuales actuando en solitario, si realizasen diversos actos contra un grupo determinado, repitiendo un patrón de conducta de modo sistemático. No obstante lo anterior, en la práctica la realización del mismo es poco menos que imposible sin una pluralidad de personas y una cierta planificación lo que apunta hacia varias categorías de autores. Y en este sentido los partícipes siguen las reglas generales de la autoría y la participación, pudiendo ser autores directos los particulares y los representantes de la autoridad del Estado donde se comete el delito, así como los que toleren su perpetración.

Referente al elemento subjetivo, los delitos de lesa humanidad solo admiten la forma dolosa. Por cuanto que teniendo en cuenta que el dolo debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo de injusto, el autor deberá ser consciente de que las conductas delictivas del art. 607 bis 2. que lleva a cabo forman parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. Sin embargo, es objeto de discusión si cabe el dolo eventual en aquellos supuestos en que el autor del hecho no estuviera seguro de que su acto formara parte del ataque, pero habiéndose planteado dicha posibilidad actuare.

En cuanto a los sujetos pasivos, estos delitos únicamente pueden tener como víctimas a miembros de la población civil, especialmente los que pertenezcan a grupos que sean perseguidos «por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptable con arreglo al derecho internacional» (art. 607 bis 1. 1º CP), dejando fuera únicamente a los miembros de los cuerpos militares.

Sin embargo, es la persona individual, el sujeto pasivo de la acción en todas las actuaciones delictivas contempladas en el art. 607 bis 2. CP puesto que en todas las acciones contempladas en dicho apartado –violaciones, deportaciones, esclavitud, …–, los bienes jurídicos contemplados son de tipo personalísimo –vida, integridad

física, libertad de movimiento…– lo que implica que su portador será la persona atacada, y no la población civil en su conjunto, pues sólo partiendo desde la defensa de un bien jurídico protegido de carácter supraindividual se podrá señalar a ésta como la portadora del mismo.

En los supuestos de comisión de varios actos típicos por un mismo sujeto, cada uno de ellos constitutivos de un delito de lesa humanidad, discute la doctrina si cabría apreciar el concurso real o bien ideal, o incluso optar por la aplicación de un delito de lesa humanidad en concurso real con los delitos comunes cometidos.

El punto más fluido de enlace entre el crimen contra la humanidad y los delitos de terrorismo puede situarse en la referencia a que los hechos acompañantes (por ejemplo, asesinatos, lesiones, secuestros, etc.) deben inscribirse en una línea de conducta en que tales hechos se van a cometer de una forma múltiple y, además, obedeciendo a una "política" para cometer el ataque contra la población o de promoción de ese ataque. En ese sentido el asesinato terrorista repetido que busca la modificación de posiciones del grupo ideológico declarado enemigo podría quizás ser uno de esos supuestos en que se está pensando como modalidad de crimen de lesa humanidad por cuanto formaría parte al parecer de una "política" de agresión contra el colectivo o en cualquier caso de promoción de aquélla. Sólo entonces si se dieran las circunstancias de que un grupo terrorista, racista, xenófobo pudiera acumular el poder suficiente para hacer ínter subjetivamente verosímil la quiebra radical y general de la situación de convivencia propia de un Estado de libertades podríamos calificar tales actos de terrorismo como delitos de lesa humanidad.

Por ello debemos preguntarnos ¿qué es lo que debe decidir calificar una determinada conducta de acto terrorista o de lesa humanidad según nuestro Código Penal en aquellos supuestos en los que aquélla pueda subsumirse en ambos tipos de delitos? desde el punto de vista jurídico sería la forma de comisión de tales actos. En efecto, lo esencial para diferenciar el delito de lesa humanidad de otras conductas criminales, no radicará en el tipo de organización, sino en el ataque, dependiendo la calificación jurídica del modo y la forma en que se llevan a cabo los hechos criminales, y si estos pueden ser considerados como una línea de conducta generalizada o sistemática dirigida contra la población civil. Por ello debemos concluir que lo que da especificidad a los actos terroristas o delitos terroristas es una determinada finalidad –política– en el autor (elemento específico subjetivo del injusto); en consecuencia, la relación entre el delito de terrorismo y de lesa humanidad es de concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad.

En el caso de los actos terroristas llevados a cabo por la banda terrorista ETA, en principio, se podrían calificar tanto como crímenes de lesa humanidad (ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil o contra una parte de ella, cometiéndose a través de los delitos comunes enumerados por el art. 607 bis CP) y también como delitos de terrorismo (pues en dichos supuestos los autores actúan con la intención de subvertir un orden constitucional o alterar gravemente la paz

pública, a través de ataques generalizados contra una parte de la población civil). En consecuencia, si tales actos fueran calificados como delitos de lesa humanidad serían imprescriptibles conforme se establece en el actual art. 131.3 CP, por lo que podrían seguir siendo investigados *sine die* hasta la terminación del procedimiento penal; y tampoco prescribirían las penas impuestas por dichos delitos (art. 133.2 CP).

Esta podría ser, en nuestra opinión, una interpretación acorde con los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia que permitiría no sólo abordar muchos de los crímenes de la organización terrorista ETA todavía impunes a los que hace referencia el informe de misión del Comité de Peticiones del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2022, sino, también, hacer efectiva la responsabilidad penal de los responsables máximos de la organización terrorista a lo largo de su dilatada actividad criminal; responsables que escogieron, planificaron y ordenaron tales crímenes.

7. BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, K.; TIMMERMANN, A., "Terrorismo y Derecho Internacional consuetudinario" en T*errorismo y Derecho Penal* (ed. Ambos, K.; Malarino, E. y Steiner C.), Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2015, págs. 23-48.

BACIGALUPO ZAPATER, E., "Teoría y práctica del Derecho Penal", Tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid, 2009.

BACIGALUPO ZAPATER, E., "Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal" en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?* (ed. Montiel, J. P.), Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 55-80.

BAIXAULI FERNÁNDEZ, A. "Los tratados internacionales y la costumbre como fuentes del Derecho Penal español: la controvertida aplicación del principio de legalidad internacional a los delitos de lesa humanidad", en *Los objetivos de desarrollo sostenible (ODS): cuestiones geopolíticas y consideraciones jurídicas* (coord. Mertens De Wilmars, F., y De Paredes Gallardo, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 249-270.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; PÉREZ CEPEDA, A. I., "El Derecho Penal en el ámbito internacional" en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (coord. Berdugo Gómez de la Torre, I.), Tomo I, Iustel, Madrid, 2ª edición, 2015, págs. 163-191.

BORJA JIMÉNEZ, E., "Delitos contra la comunidad internacional", en *Derecho penal parte especial* (coord. González Cussac, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 7ª edición, 2022, págs. 871-887.

BOU FRANCH V.; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., "La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de

la Corte Penal Internacional. (Una propuesta del Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco, COVITE, para la Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional)", Minim Agencia ediciones, Valencia, 2009.

CAPELLÁ i ROIG, M., "La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CARDONA TORRES, J., "Derecho penal parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio", Bosch, Barcelona, 2010.

COLINA OQUENDO, P., "Capítulo II bis De los delitos de lesa humanidad" en *Código penal (concordado y comentado con jurisprudencia) y leyes penales especiales y complementarias* (dir. Rodríguez Ramos, L.; coord. Rodríguez-Ramos Ladaria, G.), La ley, Madrid, 2015, págs. 2385-2395.

DE LEÓN VILLALBA, F. J., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional" en *Comentarios al código penal* (dir. Arroyo Zapatero L.; Berdugo Gómez De La Torre, I.; Ferré Olivé, J.C.; García Rivas, N.; Serrano Piedecasas J.R. y Terradillos Basoco, J.M.; coord. Nieto Martín, A.; Pérez Cepeda, A.I.), Iustel, Madrid, 2007, págs. 1113-1138.

DE URBANO CASTRILLO, E., "Art. 907 bis III. Comentario" en *Comentarios al código penal Arts. 446 a la Disposición derogatoria* (dir. Conde-Pumpido Touron, C.; coord. López De Quiroga, J.), Tomo 5, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 3822-3827.

DÍAZ MORGADO, C., "Título XXIV De los delitos contra la comunidad internacional" en *Comentarios al código penal Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 1761-1794.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J., "El Terrorismo como Crimen contra la Humanidad", *Temas Socio-Jurídicos*, Vol. 26, nº 54, 2008, págs. 15-38.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., "La reforma de los delitos de genocidio y lesa humanidad en relación a la protección de personas discapacitadas", La Ley Penal, nº 80, marzo de 2011, Wolters Kluwer, págs. 21-43.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., "Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la Audiencia nacional relativa a la organización terrorista nacionalista ETA", Revista de Derechos Fundamentales, nº 30, Segundo Semestre, 2017, págs. 49-93.

FERNÁNDEZ LIESA, C. R., "La aplicabilidad de la costumbre internacional en el Derecho Penal Español", en J*usticia de transición, justicia penal internacional y justicia universal* (coord. Tamarit Sumalla, J.), Atelier, Barcelona, 2010, págs. 73-90.

GARCES, J. E., "Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo" en *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*

(coord. Tamarit Sumalla, J.), Atelier, Barcelona, 2010, págs. 175-191.

GALLANT, K. S., "La legalidad como norma del Derecho consuetudinario internacional; la irretroactividad de los delitos y las penas" en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿decadencia o evolución?* (ed. Montiel, J.P.), Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 315-354.

GARCÍA ARÁN, M., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional" en *Comentarios al Código Penal Parte Especial* (dir. Córdoba Roda, J. y García Arán, M.), Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 2683-2722.

GARCÍA SÁNCHEZ, B., "Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995", en L*a respuesta del derecho penal ante los nuevos retos* (coord. Cuerda Riezu, A.), Dykinson, Madrid, 2006, págs. 33-76.

GARZÓN REAL, B., "*Cuento de Navidad: es posible un mundo diferente*", Ediciones de la Tierra, 3ª edición, 2002.

GIL GIL, A. "Derecho Penal Internacional", Tecnos, Madrid, 1999.

GIL GIL, A., "Artículo 607 bis" en *Comentarios al Código Penal* (dir. Gómez Tomillo, M.), Tomo VI, Lex nova, Valladolid, 2ª edición, 2011, págs. 765-778.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español", en *El Derecho Penal Internacional* (dir. Bacigalupo Zapater, E.), Cuadernos de Derecho Judicial, nº 7, 2001, págs. 9-36.

GONZÁLEZ AGUDELO, G., "Delitos contra la comunidad internacional" en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (coord. Terradillos Basoco, J.M.), Tomo III Derecho Penal Parte Especial Volumen II, Iustel, Madrid, 2ª edición, 2016, págs. 431-450.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., "Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo", Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico, nº 3, 2008, págs. 34-58.

JIMÉNEZ GARCÍA, F., "Derecho Internacional Penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente", Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, nº 6, 2006, págs. 303-348.

LANDA GOROSTIZA, J. M. "El 'Nuevo' Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación", Revista penal, nº 14, 2004, págs. 70-90.

LANZAROTE MARTÍNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional" en Código penal. *Comentarios y jurisprudencia* (dir. Del Moral García, A., coord. Escobar Jiménez, R.), Tomo II Arts. 234 a 616 quáter, Comares, Granada, 4ª edición, 2018, págs. 3133-3162.

LIÑÁN LAFUENTE, A., "El crimen contra la humanidad", Dykinson, Madrid, 2016.

LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M., "La Corte Penal Internacional: Justicia versus Impunidad", Ariel, Barcelona, 2001.

LLOBET ANGLI, M., "Terrorismo y «guerra» contra el terror: límites a su punición en un Estado democrático", Tesis doctoral, Silva Sánchez J.M. (dir.) y Felip i Saborit, D. (dir.), Universidad Pompeu Fabra, 2008.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Comentarios al código penal (tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo), La Ley, Madrid, 2016.

MAÑAS DE ORDUÑAS, A., "Capítulo 35 Estructura y caracteres de los Títulos XXIII y XXIV del Código Penal. Especial referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad" en *Derecho penal parte especial* (coord. Zárate Conde, A.), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2ª edición, 2018, págs. 1053-1090.

MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "El principio de justicia universal y los crímenes de guerra", Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, 2015.

MENDOZA CALDERÓN, S., "Los crímenes de lesa humanidad: la necesidad de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Su implementación en el Código Penal español", Diario La Ley, nº 6228, 11 de abril de 2005, Ref. D-83, págs. 1777-1786.

MUÑOZ CONDE, F., "Derecho Penal Parte Especial", Tirant lo Blanch, Valencia, 24ª edición, 2022.

NICOLÁS JIMÉNEZ, P., "Delitos contra la comunidad internacional" en *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (coord. Romeo Casabona, C.; Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M.A.), Comares, Granada, 2016, págs. 853-871.

OLASOLO ALONSO, H., "Del estatuto de los Tribunales *ad hoc* al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Reflexiones sobre la evolución del principio *nullum crime sine lege* en el Derecho Penal Internacional", Revista General del Derecho Internacional, nº 5, 2006, págs. 1-17.

OLASOLO ALONSO, H., y PÉREZ CEPEDA, A. I., "Terrorismo internacional y conflicto armado", Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PACHECO DE FREITAS, J. A., "La relación entre el principio de legalidad en derecho penal internacional y la tipificación internacional de los crímenes de lesa humanidad: una perspectiva histórica", Agenda Internacional, Año XXVI, n° 37, 2019, págs. 189-209.

PASTRANA SÁNCHEZ, M. A., "La nueva configuración de los delitos de terrorismo", Agencia Estatal Boletín del Estado, Madrid, 2020.

PENA GONZÁLEZ, W., "El concepto de terrorismo", Ratio Legis, Salamanca, 2019.

PERIS RIERA, J., "Delitos contra el orden público y contra la comunidad internacional" en Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015), (dir. Morillas Cuevas, L.), Dykinson, Madrid, 2015, págs. 875-903.

PIGNATELLI MECA, F., "El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" en *Lucha contra el terrorismo y derecho internacional*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Cuadernos de Estrategia nº 133, Madrid, 2006, págs. 207-240.

REINARES NESTARES, F., "Conceptualizando el terrorismo internacional", ARI núm. 79/2005, en Real Instituto ElCano, 2005, pág. 2 (https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/conceptualizando-el-terrorismo-internacional-ari/, consulta 31/07/2024).

REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. DIEZ HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., PÉREZ·PRAT DURBAN, L., "Derecho internacional", Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., "Delitos contra la comunidad internacional" en *Delitos. La parte especial del derecho penal* (coord. Lamarca Pérez, C.), Dykinson, Madrid, 7ª edición, 2022, págs. 1091-1156.

SÁNCHEZ FRÍAS, A., "La propuesta de un tribunal internacional contra el terrorismo: retos jurídicos y políticos", Revista de Derecho Político, UNED, nº 103, septiembre-diciembre 2018, págs. 407-438.

SÁNCHEZ MELGAR, J., "Código penal. Comentarios y Jurisprudencia", Tomo II, Sepin, Madrid, 4ª edición, 2016.

TAMARIT SUMALLA, J. M., "Título XXIV Delitos contra la comunidad internacional" en *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (dir. Quintero Olivares, G.; coord. Morales Prats, F.), Aranzadi, Madrid, 10ª edición, 2016, págs. 2273-2302.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., "Delitos contra la comunidad internacional" en *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, 6ª edición, Dykinson, Madrid, 2021, págs. 971-999.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., "Comentario al código penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio", La Ley, Madrid, 2010.

La actuación normativa del Grupo de Acción Financiera Internacional frente al criptoblanqueo

Regulatory action by the Financial Action Task Force on crypto laundering

YAGO GONZÁLEZ QUINZÁN
Investigador Predoctoral (FPU de Derecho Penal)
Universidad de Santiago de Compostela (España)

yagogonzalez.quinzan@usc.es

https://orcid.org/0000-0002-2500-4839

Resumen: La disrupción financiera positiva que suponen los criptoactivos, mediante el logro de ventajas como la desintermediación y la seguridad criptográfica de las transacciones, se minimiza en atención a los riesgos de blanqueo de capitales que se asocian ampliamente con aquellos. El Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante, GAFI) ha reaccionado a ello mediante la adopción de nuevas medidas para las actividades con activos virtuales (en adelante, AV), categoría más amplia en donde se agrupan los criptoactivos y, dentro de estos, las criptomonedas. En el presente trabajo se analizan las políticas antiblanqueo más recientes aprobadas por el GAFI para conseguir, de un lado, la armonización de los enfoques jurídicos nacionales y, de otro, la configuración de un régimen preventivo eficaz contra el criptoblanqueo.

Abstract: *The positive financial disruption brought about by crypto assets, through the achievement of benefits such as disintermediation and cryptographic security of transactions, is minimised in view of the money laundering risks that are widely associated with them. The Financial Action Task Force (hereinafter, FATF) has reacted to this by adopting new measures for activities involving virtual assets (hereinafter, VA), a broad category that*

Recepción: 10/09/2024 Aceptación: 07/11/2024

Cómo citar este trabajo: GONZÁLEZ QUINZÁN, Yago, "La actuación normativa del Grupo de Acción Financiera Internacional frente al criptoblanqueo", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 217-264, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.07

includes crypto assets and, within these, cryptocurrencies. This paper analyses the most recent anti-money laundering policies adopted by the FATF to achieve, on the one hand, the harmonisation of national legal approaches and, on the other hand, the configuration of an effective preventive regime against crypto laundering.

Palabras clave: activos virtuales, criptomonedas, blanqueo de capitales, nota interpretativa, regla de viaje.

***Keywords**: virtual assets, cryptocurrencies, money laundering, interpretative note, travel rule.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. POSIBLES FORMAS DE REACCIÓN ANTE LA INCIDENCIA DE LOS CRIPTOACTIVOS: LA APUESTA PARTICULAR DEL GAFI. 3. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS: ¿QUÉ SE ENTIENDE POR "AV", "CRIPTOACTIVOS" Y "CRIPTOMONEDAS"? 4. LA BCT COMO FUNDAMENTO OPERATIVO DE LAS CRIPTOMONEDAS: NOTAS SOBRE SU FUNCIONAMIENTO. 5. CARACTERÍSTICAS DE LAS CRIPTOMONEDAS QUE FAVORECEN LA COMISIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES. 5.1. Descentralización. 5.2. Anonimato vs. pseudoanonimato. 5.3. Facilidad de acceso, negociabilidad global y rápida disponibilidad. 6. EL CRIPTOBLANQUEO: APROXIMACIÓN Y PRINCIPALES ESTRATEGIAS PARA EL DELITO. 6.1. La reformulación del blanqueo de capitales a través de las criptomonedas. 6.2. El proceso de criptoblanqueo. 6.2.1. Colocación. 6.2.2. Estratificación. 6.2.3. Integración. 7. LOS ESTÁNDARES DEL GAFI EN RELACIÓN CON EL CRIPTOBLANQUEO. 7.1. Evolución de las políticas aprobadas. 7.2. Valoración de la actividad del GAFI: balance positivo, pero con deficiencias. 8. LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS DEL GAFI EN ESTADOS UNIDOS Y LA UE. 9. CONCLUSIONES. 10. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo que ha experimentado el ecosistema de los criptoactivos con la aparición de nuevos productos y servicios se traduce en una nueva economía basada en activos criptográficos que, a su vez, altera por completo el tradicional sistema financiero y comercial[1]. Acerca de las cotas de uso alcanzadas por los criptoactivos resultan sumamente representativos los siguientes datos[2]. Alrededor de 300 millones de personas emplean criptoactivos para realizar operaciones financieras y comerciales, pudiéndose apreciar en un tipo de criptomoneda particular como

1 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", en *Cyber Laundering: International Policies and Practices*, (ed. Rébé, N.), Singapur, World Scientific Publishing, 2023, 1.ª ed., p. 197.

2 Vid. WANG, H. M. y HSIEH, M. L., "Cryptocurrency is new vogue: a reflection on money laundering prevention", *Security Journal*, 37, 2024, p. 26 y ss.

Ethereum hasta más de un millón de transacciones al día. Asimismo, más de 83 millones de personas disponen de billeteras de *Bitcoin* destinadas a su uso comercial en más de 200 países.

Los criptoactivos han adquirido un papel protagonista en el sistema financiero mundial hasta el punto de considerarse como la alternativa perfecta para recuperar la confianza tras la crisis financiera global iniciada en 2008[3], pretensión a la que responde mismamente el lanzamiento inicial de *Bitcoin*[4]. Los usuarios apuestan cada vez más por un sistema alternativo que se fundamente en la prueba criptográfica y no participe de la centralización en que se basa el sector bancario tradicional[5]. A este respecto ABEL SOUTO[6] indica que los criptoactivos representan una respuesta a la necesidad de disponer de cauces financieros alternativos que no excluyan a nadie del sistema por mala calificación crediticia y que aporten facilidades de acceso sin importar determinados factores como, por ejemplo, el lugar de residencia y la oferta bancaria disponible en aquel.

El aumento significativo en la emisión de *tokens* criptográficos, que se denominan ICO (por sus siglas en inglés, *Initial Coin Offering*), permite señalar, acogiendo las palabras de WRONKA[7], la amplia demanda existente de criptoactivos y su traslado "desde los márgenes del nicho tecnológico y el territorio marginal a la agenda reguladora internacional"[8]. Mediante las ICO los inversores reciben *tokens* criptográficos que habilitan el acceso a bienes, servicios o instrumentos financieros a cambio de moneda fiduciaria u otros criptoactivos[9], mientras que el emisor recibe financiación para su proyecto[10]. La recaudación a

3 Cfr. KOUTSOUPIA, V., "Challenges of the Use of Virtual Assets in Money Laundering", *Nordic Journal of European Law*, 6(4), 2023, p. 54.

4 Cfr. COVOLO, V., "The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 28(3), 2020, p. 219.

5 Cfr. WRONKA, C., "Crypto-asset activities and markets in the European Union: issues, challenges and considerations for regulation, supervision and oversight", *Journal of Banking Regulation*, 25(1), 2024, p. 86.

6 Cfr. ABEL SOUTO, M., "La comisión del delito de blanqueo de dinero mediante las nuevas tecnologías y la internacionalización del Derecho penal", en *VIII Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, (coords. Abel Souto, M.; Lorenzo Salgado, J. M.; y Sánchez Stewart, N.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 1.ª ed., p. 507.

7 Cfr. WRONKA, C., "Crypto-asset activities and markets in the European Union: issues, challenges and considerations for regulation, supervision and oversight", *Op. cit.*, p. 85.

8 *Ibidem*.

9 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 202.

10 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", en *Organised Crime, Financial Crime and Criminal Justice*, (eds. Jasinski, D.; Phillips, A.; y Johnston E.), Londres, Routledge, 2023, 1.ª ed., p. 122; NAVARRO CARDOSO, F., "Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 21(14), 2019, p. 33.

través de las ICO no se frena ni en atención a los riesgos inherentes a la inversión (*v. gr.* manipulación del mercado, ciberataques o blanqueo de capitales), siendo el objeto de mayor inversión las plataformas basadas en la tecnología *blockchain* (en adelante, BCT)[11].

El ecosistema de los criptoactivos no se restringe únicamente a los propios activos y a los emisores y usuarios, sino que en ellos se incluyen una amplia gama de participantes que extienden todavía más la industria cripto[12]. En la actualidad han adquirido un papel protagonista, por ejemplo, los *mixing services* (*tumblers*), las empresas de minería, los proveedores de servicios de cambio de criptoactivos por otros criptoactivos o por moneda fiduciaria, así como los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos[13]. La actividad desarrollada por todos esos participantes en el ámbito de los criptoactivos también debe ser objeto de urgente regulación en aras de conseguir un marco normativo que reduzca los riesgos existentes en torno al ecosistema cripto[14].

2. POSIBLES FORMAS DE REACCIÓN ANTE LA INCIDENCIA DE LOS CRIPTOACTIVOS: LA APUESTA PARTICULAR DEL GAFI

La consolidación de los criptoactivos demanda la confección de una amplia regulación a nivel internacional que proteja a los inversores frente a los peligros inherentes al ecosistema (v. gr. riesgo de impago o de liquidez de los emisores y de los proveedores de servicios, riesgo de mercado o fraude), el correcto desarrollo del sistema financiero y comercial y, sobre todo, evite la consolidación de los criptoactivos como un campo propicio para la criminalidad[15]. A dicha reclamación responden los últimos esfuerzos normativos por parte del G20, el GAFI o el Fondo Monetario Internacional, que luego se acogen por la Comisión Europea y el Banco Central Europeo[16]. Todas estas instituciones y organizaciones centran sus esfuerzos en la

11 Cfr. PAVLIDIS, G., "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Journal of Investment Compliance*, 21(1), 2020, p. 2.

12 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 197.

13 Cfr. DESMOND, D. B., LACEY, D. y SALMON, P., "Evaluating cryptocurrency laundering as a complex socio-technical system: A systematic literature review", *Journal of Money Laundering Control*, 22(3), 2019, p. 482.

14 Cfr. WRONKA, C., "Money laundering through cryptocurrencies - analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures", *Journal of Money Laundering Control*, 25(1), 2022, p. 83.

15 Cfr. WRONKA, C., "Crypto-asset activities and markets in the European Union: issues, challenges and considerations for regulation, supervision and oversight", *Op. cit.*, p. 89.

16 Cfr. PONAMORENKO, V. E., "International Organizations' Approaches to Digital Assets Legalization (Monetary Policy and AML/CFT)", en *Engineering Economics: Decisions and Solutions from Eurasian Perspective. Lecture Notes in Networks and Systems*, (eds. Ashmarina, S.; Mantulenko, V.; y Vochozka, M.), Cham, Springer, 2021, 1.ª ed., p. 112.

aprobación de regulaciones exhaustivas sobre la aplicación de las nuevas tecnologías en el sector financiero[17].

Al igual que ha sucedido con otras innovaciones como las tarjetas de prepago, la banca online o el sistema de pagos por Internet, las principales instancias internacionales han ido aprobando diferentes normativas para hacer frente a los retos planteados por la industria de los criptoactivos, especialmente en relación con ciertos delitos como el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo[18]. La regulación de los diferentes organismos supranacionales, con especial mención del GAFI, trata de no frenar el amplio abanico de oportunidades que los criptoactivos representan para la innovación financiera, si bien contrarrestando los riesgos inherentes a aquellos. Esta postura constituye una de las tres reacciones posibles a la hora de regular las actividades con criptoactivos:

1) Oposición a la introducción de aquellos en el sector financiero (enfoque cerrado), considerándose como "una moda pasajera o una burbuja"[19].

El GAFI pone de manifiesto en sus diversos informes anuales relativos al seguimiento de sus medidas sobre AV que un número creciente de jurisdicciones opta por la adopción de este enfoque de prohibición. Ello se debe a que tal postura supone un ahorro de recursos o simplemente es más fácil de implementar que la adopción de un régimen de control y supervisión de las operaciones, especialmente en punto a los sistemas de licencia y registro requeridos para los proveedores de servicios de AV (en adelante, PSAV). Con todo, el GAFI se opone a este enfoque cerrado[20], ya que puede tener por consecuencia un aumento del uso sumergido de los AV, traduciéndose ello en actividades no sujetas al régimen de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (en adelante, PBC/FT)[21].

2) Una apuesta total e irreflexiva por la innovación financiera (enfoque liberal).

3) La adopción de medidas legales coetáneas al desarrollo tecnológico en aras de promocionar la innovación financiera, pero al mismo tiempo combatir los riesgos propios del ecosistema (enfoque abierto, pero estricto)[22].

---

17 *Ibidem.*

18 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 198.

19 PAVLIDIS, G., "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Op. cit.*, p. 2.

20 Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., "Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero", *Op. cit.*, p. 25.

21 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 205.

22 Cfr. COVOLO, V., "The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive", *Op. cit.*, p. 220.

En el plano mundial se apuesta por esta última solución y ello determina que se erija como un reto mayúsculo para las instancias reguladoras la promoción de la tecnología financiera (*FinTech*), con ejemplos como las finanzas descentralizadas (en adelante, *DeFi*), la BCT, los *tokens* no fungibles (NFT) o la revolución *Play to Earn*, y la prevención de determinadas actividades delictivas, como el blanqueo de capitales[23]. El GAFI ha adoptado un papel proactivo y ha venido sometiendo sus estándares a una constante evolución en paralelo al desarrollo de los AV. La iniciativa adoptada obedece a la desigual integración de tales avances en los sistemas jurídicos nacionales y a la deficiente regulación de las actividades prestadas por los PSAV. Estas circunstancias han propiciado una intervención sin pausa por el GAFI en aras de colmar las lagunas existentes y combatir el abanico de oportunidades delictivas que se relacionan con los AV.

La presente investigación se destina al estudio del marco normativo aprobado por el GAFI para combatir el blanqueo de capitales mediante AV. Para ello se realiza una aproximación preliminar a los conceptos de "AV", *criptoactivos* y *criptomonedas*. Posteriormente se analiza la reformulación del delito de blanqueo de capitales mediante el empleo de las monedas virtuales descentralizadas. Estas últimas poseen una serie de características que contribuyen a su utilización como herramientas para el delito. Una vez lo anterior, se examina el régimen preventivo instaurado por el GAFI para reaccionar frente al criptoblanqueo. Se identifican las principales tendencias seguidas en la política diseñada por la citada organización, así como algunas discordancias de la regulación aprobada. Con la aprobación de las novedades en las Recomendaciones del GAFI se ha iniciado por los distintos estados una aplicación de tales directrices, especialmente relevante en la Unión Europea (en adelante, UE) con la Directiva 2018/843, de 30 de mayo[24], por lo que se incluyen referencias al respecto. Finalmente, se realiza una valoración global acerca de la actividad del GAFI y su contribución a la prevención del criptoblanqueo.

3. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS: ¿QUÉ SE ENTIENDE POR "AV", "CRIPTOACTIVOS" Y "CRIPTOMONEDAS"?

La confusión terminológica es una de las primeras cuestiones que conviene aclarar para poder analizar posteriormente el régimen de prevención del criptoblanqueo instaurado por el GAFI. La consolidación en nuestra sociedad de un vocabulario nuevo requiere de la aclaración de diversos términos, sobre todo ante

23 Cfr. WRONKA, C., "Crypto-asset activities and markets in the European Union: issues, challenges and considerations for regulation, supervision and oversight", *Op. cit.*, p. 85.

24 Vid. Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, DOUE, 156, 19 de junio de 2018, pp. 43-74.

un uso indistinto de conceptos diversos como *AV*, *criptoactivos* y *criptomonedas*[25]. Esta situación constituye un claro obstáculo para la elaboración de una normativa precisa para la prevención del criptoblanqueo[26]. Con todo, las imprecisiones conceptuales entre la población en general resultan más que comprensibles debido a las mismas divergencias existentes en la definición de cada categoría en los sistemas jurídicos nacionales. El GAFI ha ayudado con sus disposiciones, sujetas a un proceso constante de aclaración, a comprender el contenido al que se refiere cada concepto, por lo que se estima positiva su aportación.

El primero de los términos por clarificar es el de *AV*. Este ha sido utilizado por el GAFI para hacer referencia a todas aquellas representaciones digitales de valor que se pueden comercializar o transferir digitalmente, o también se pueden emplear con fines de pago o de inversión. Esta aproximación se complementa con la exclusión de las representaciones digitales de monedas fiduciarias emitidas por los bancos centrales (en adelante, CBDC, por sus siglas en inglés *Central Bank Digital Currency*), por más que el GAFI defienda reiteradamente en las actualizaciones de su normativa la necesidad de interpretar el concepto de AV de la forma más amplia posible. Esta primera precisión terminológica permite poner de manifiesto pues que los criptoactivos se engloban dentro del concepto de AV, si bien constituyen una subcategoría en atención al empleo de técnicas criptográficas y al sistema de la cadena de bloques en que basan su funcionamiento[27].

Los criptoactivos se definen por su origen en el sector privado y su dependencia de la tecnología de registro distribuido (en adelante, TRD)[28]. Así se recoge por la Autoridad Bancaria Europea (en adelante, ABE) y el Consejo de Estabilidad Financiera en la medida en que indican que por criptoactivo debe entenderse aquel tipo de activo privado que depende de la criptografía y la TRD como parte de su valor percibido o intrínseco[29], no es emitido ni garantizado por bancos centrales y puede utilizarse como medio de cambio y/o con fines de inversión y/o para acceder a un producto o servicio. Esta posición se corrobora en el Reglamento 2023/1114, de 31 de mayo[30], conocido

25 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 200.

26 Cfr. BENSON, V. et al., "Harmonising cryptocurrency regulation in Europe: opportunities for preventing illicit transactions", *European Journal of Law and Economics,* 57, 2024, p. 40.

27 Cfr. MPF (Ministerio Público Fiscal de la Nación), *Guía práctica para la identificación, trazabilidad e incautación de criptoactivos. Consideraciones teórico-prácticas sobre activos virtuales basados en la tecnología de cadena de bloques y su investigación penal*, Buenos, Aires, 2023, pp. 11 y 12.

28 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", *Op. cit.*, p. 127.

29 Cfr. WRONKA, C., "Crypto-asset activities and markets in the European Union: issues, challenges and considerations for regulation, supervision and oversight", *Op. cit.*, p. 87.

30 Vid. Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023,

como Reglamento MiCA, que incluye la siguiente definición de criptoactivo: "representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro distribuido o una tecnología similar"[31].

La referencia al origen en el sector privado en la propia categorización de los criptoactivos propicia nuevamente la exclusión de las CBDC, al igual que se puso de manifiesto en relación con el concepto de AV formulado por el GAFI. Las CBDC responden a la pretensión de aplicar la BCT para la emisión, transferencia y control monetarios[32]. Los proyectos de investigación sobre CBDC realizados por los bancos centrales obedecen asimismo a un intento inequívoco de mejorar el sistema de pagos, al igual que tratan de dar respuesta a la creciente demanda en el mercado de un equivalente digital al dinero fiat. A las razones expuestas se añaden por los bancos centrales nacionales las siguientes ventajas relacionadas con las CBDC[33]: 1. Reducción de costes respecto a la emisión de efectivo; 2. Progreso en la estabilidad de pagos; 3. Mejor inclusión financiera; 4. Fomento de la TRD; y 5. Eliminación de la privacidad del dinero fiat.

El término criptoactivos se emplea ampliamente para hacer referencia a las monedas virtuales descentralizadas (criptomonedas), entre las que destaca *Bitcoin, Ethereum, Cardano o Polkadot*[34]. No obstante, estas últimas se tratan únicamente de una modalidad de *tokens* de tipo pago/intercambio como primera subclasificación en la categoría de los criptoactivos, en donde se diferencian a su vez los *tokens* de inversión/seguridad y de utilidad para acceder a aplicaciones o servicios[35]. Los *tokens* de tipo pago/intercambio tienen como función principal su uso como medio de pago[36] y, aunque pueden ser emitidos por una entidad centralizada, normalmente se fundamentan en su propia cadena de

relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937, DOUE, 150, 9 de junio de 2023, pp. 40-205.

31 Art. 3.1 numeral 5) del Reglamento 2023/1114, de 31 de mayo.

32 Cfr. PONAMORENKO, V. E., "International Organizations' Approaches to Digital Assets Legalization (Monetary Policy and AML/CFT)", *Op. cit.*, p. 116.

33 *Ibidem.*

34 Cfr. WANG, H. M. y HSIEH, M-L., "Cryptocurrency is new vogue: a reflection on money laundering prevention", *Op. cit.*, p. 32.

35 Cfr. PAVLIDIS, G., "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Op. cit.*, p. 1; COVOLO, V., "The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive", *Op. cit.*, p. 231.

36 Cfr. HAFFKE, L., FROMBERGER, M. y ZIMMERMANN, P., "Cryptocurrencies and anti-money laundering: the shortcomings of the fifth AML Directive (EU) and how to address them", *Journal Bank Regulation*, 21, 2020, p. 126.

bloques descentralizada[37]. Este tipo de *tokens* no tienen un valor inherente[38] y dependen del valor que otros participantes en el mercado reconozcan al *token*[39].

Las criptomonedas tienen su origen en 2008, con la publicación del documento "Bitcoin: un sistema de efectivo electrónico usuario-a-usuario"[40], firmado bajo el seudónimo de Satoshi Nakamoto. Hoy en día aún no se sabe si detrás de tal seudónimo hay una o varias personas[41], por más que a veces se asocie con el desarrollador de *software* estadounidense *Hal Finnley* (primer destinatario de una transacción en la cadena de bloques)[42]. El lanzamiento de *Bitcoin* ha supuesto el inicio de un nuevo paradigma financiero en cuanto permite la eliminación de intermediarios centralizados[43]. Y la fuerte irrupción de las criptomonedas en general se relaciona con los métodos criptográficos en que se basan, ya que garantizan la seguridad e integridad de las transacciones, el control en la creación de unidades adicionales y la verificación de las transferencias de activos[44].

La primera clasificación de las monedas virtuales se introdujo por el GAFI en junio de 2014. En el documento "Definiciones clave y riesgos potenciales para la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo"[45] se dividen las monedas virtuales en dos grupos: convertibles y no convertibles. A su vez, las monedas virtuales convertibles pueden ser centralizadas (respaldadas por autoridades que ejercen una labor de supervisión y control) o descentralizadas (también denominadas criptomonedas). Esta aproximación resulta transcendente en cuanto permite afirmar que las criptomonedas son un tipo de moneda virtual convertible que se caracterizan por la ausencia de una autoridad central que supervise el funcionamiento de aquellas.

---

37 Cfr. FROMBERGER, M. y ZIMMERMANN, P., "Technische und wirtschaftliche Grundlagen", en *Rechtshandbuch Kryptowerte. Blockchain, Tokenisierung, Initial Coin Offerings*, (eds. Maume, P., Maute, L. y Fromberger, M.), Munich, Verlag C.H. Beck, 2020, 1.ª ed., p. 20.

38 Cfr. HAFFKE, L., FROMBERGER, M. y ZIMMERMANN, P., "Cryptocurrencies and anti-money laundering: the shortcomings of the fifth AML Directive (EU) and how to address them", *Op. cit.*, p. 127.

39 Cfr. FROMBERGER, M. y ZIMMERMANN, P., "Technische und wirtschaftliche Grundlagen", *Op. cit.*, p. 20.

40 Vid. NAKAMOTO, S., Bitcoin: *A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008, pp. 1-9. Disponible en https://bitcoin.org/en/bitcoin-paper.

41 Cfr. BRAMESHUMMER, G. y EDELMANN, B., "Einführung, Krypto 1x1 für Strafrechtler", en *Finanzstrafrecht 2022: Virtuelle Währungen und Kryptoassets im Steuer(straf)recht und Strafrecht,* (eds. Leitner, R. y Brandl, R.), Viena, Linde Verlag, 2023, 1.ª ed., p. 3.

42 Cfr. WRONKA, C., *"*Money laundering through cryptocurrencies - analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures*"*, *Op. cit.*, p. 81.

43 Cfr. BENSON, V. et al., "Harmonising cryptocurrency regulation in Europe: opportunities for preventing illicit transactions", *Op. cit.*, p. 38.

44 *Ibidem.*

45 Vid. FATF, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, Paris, 2014, pp. 1-17.

Los esfuerzos del GAFI no se han limitado a realizar una clasificación de las monedas virtuales, sino que define cada una de las tipologías de forma más o menos precisa. En relación con las criptomonedas especifica que son representaciones digitales de valor no emitidas por un banco o autoridad central, sin vinculación a monedas legalmente establecidas, carentes de curso legal, que resultan aceptadas por personas físicas y jurídicas como medio de pago, al tiempo que pueden transferirse, almacenarse o negociarse electrónicamente. Esta aproximación permite subrayar, en primer lugar, el necesario acuerdo de aceptación por parte de una determinada comunidad. Y, en segundo lugar, la ausencia de reconocimiento como moneda de curso legal, si bien ello resulta en cierto punto superado en la medida en que países como El Salvador o la República Centroafricana han admitido el *Bitcoin* como moneda de curso legal[46].

4. LA BCT COMO FUNDAMENTO OPERATIVO DE LAS CRIPTOMONEDAS: NOTAS SOBRE SU FUNCIONAMIENTO

Las criptomonedas han eliminado el papel protagonista que poseía el sistema financiero tradicional en favor de un régimen semianónimo y descentralizado. El desarrollo tan rápido experimentado por el ecosistema ha dado lugar a una modificación de "la valoración, el intercambio y la contabilidad de los activos económicos y las transacciones comerciales, eliminando a los intermediarios institucionales de las transacciones"[47]. Ello se posibilita mediante la BCT que, esencialmente, se trata de una las aplicaciones básicas de la TRD[48]. Esta última tecnología se considera un avance fundamental en la medida en que permite conseguir una mejora de la comerciabilidad, una mayor transparencia y liquidez de los activos, así como una reducción de costes[49].

Las criptomonedas permiten el almacenamiento de valor con sencillez, así como una rápida transferibilidad sin límites fronterizos[50]. No obstante, el principal aspecto que se destaca en todas las aproximaciones a las criptomonedas es su fundamento operativo en la BCT. Esta última se define como un gran libro de contabilidad público y descentralizado, asegurado mediante criptografía, en el que se registran todas

46 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti-Money Laundering Framework", *ZEuS Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 24(2), 2023, p. 193.

47 GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 197.

48 Cfr. WRONKA, C., "Money laundering through cryptocurrencies-analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures", *Op. cit.*, p. 81.

49 Cfr. WRONKA, C., "Crypto-asset activities and markets in the European Union: issues, challenges and considerations for regulation, supervision and oversight", *Op. cit.*, p. 85.

50 Cfr. WANG, H. M. y HSIEH, M. L., "Cryptocurrency is new vogue: a reflection on money laundering prevention", *Op. cit.*, p. 26.

las transacciones tras el consenso alcanzado por la red de nodos intervinientes[51]. La transcendencia de la cadena de bloques radica principalmente en que permite la eliminación de intermediarios centralizados[52]. Por ello se afirma que la BCT ha revolucionado el sector financiero, si bien la falta de regulación "ha obstaculizado considerablemente la innovación[53]" basada en dicha tecnología.

Las ventajas que ampliamente se asocian con la BCT son la transparencia, una fuerte protección frente a posibles manipulaciones y la eliminación de riesgos en cuanto a su integridad en caso de que alguno de los participantes de la red actúe incorrectamente[54]. Así se destaca por MEIER[55], que añade que la operatividad de la BCT se concentra en torno a un código fuente que se puede utilizar para determinar el número de transacciones que se insertan en los distintos bloques, así como la frecuencia en la creación de estos últimos. Como su nombre indica, la BCT se compone de una serie de bloques en el que cada uno se define por un *hash* propio, al que se suma el *hash* del bloque anterior[56], lo que impide la modificación posterior de transacciones, pues de ser el caso deberían modificarse todos los bloques anteriores de la cadena[57].

El sistema de la cadena de bloques posee como notas básicas las siguientes: carácter público, distribuido e inalterable. Estas características se traducen en que la red no se gestiona por una entidad central, sino que múltiples nodos mantienen idénticas copias del registro. La descentralización garantiza precisamente la transparencia y la seguridad del registro. En cada uno de los bloques se contiene la información relativa a una serie de transacciones que, en todo caso, son objeto de validación mediante un *hash* alfanumérico que se aporta tras la solución de una ecuación criptográfica por los nodos. Este proceso algorítmico permite la consecución de una amplia privacidad, seguridad y validez de las transacciones, por lo que apenas existe manipulación en el envío o almacenamiento[58].

---

51 Cfr. KOUTSOUPIA, V., "Challenges of the Use of Virtual Assets in Money Laundering", *Op. cit.*, p. 55.

52 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti-Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 190.

53 BENSON, V. et al., "Harmonising cryptocurrency regulation in Europe: opportunities for preventing illicit transactions", *Op. cit.*, p. 38.

54 Cfr. MEIER, M., *Geldwäsche-Compliance für Kryptowerte, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft*, Jena, 1.ª ed., 2022, p. 31.

55 *Ibidem.*

56 Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., "Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero", *Op. cit.*, p. 4.

57 Cfr. MEIER, M., *Geldwäsche-Compliance…*, *Op. cit.*, p. 31.

58 Cfr. WANG, H. M. y HSIEH, M-L., "Cryptocurrency is new vogue: a reflection on money laundering prevention", *Op. cit.*, p. 33.

La criptografía asimétrica constituye pues el pilar sobre el que se fundamenta la BCT[59]. Esta garantiza la seguridad de las transacciones y el anonimato del emisor y receptor mediante la puesta a disposición para cada usuario de dos claves: una pública y otra privada[60]. La primera se identifica con el número de una cuenta bancaria en cuanto constituye la dirección del monedero. Se utiliza para verificar las transacciones y resulta la dirección en la BCT a la que se pueden asignar *tokens* a favor de un participante, por lo que puede llegar a considerarse como pseudónimo de aquel[61]. La clave privada se define por su parte como una contraseña secreta que puede gestionarse por el propio usuario o dejar bajo custodia virtual de un proveedor externo[62]. En esta dualidad de claves puede comprobarse la falta de revelación de información personal, si bien la premisa del anonimato debe calificarse más bien como "desidentificación"[63], ya que resulta posible el análisis de la cadena de bloques y, con ello, el rastreo de las transacciones[64].

Las criptomonedas, con el ejemplo particular de *Bitcoin* por ser la que ostenta una mayor capitalización de mercado, se tratan de una de las aplicaciones de la BCT. Como señalan BRAMESHUMMER y EDELMANN[65], la confianza en *Bitcoin* deriva de la base de datos descentralizada, publica e inmutable que a nivel mundial se gestiona por una multiplicidad de ordenadores que funcionan en una red *peer-to-peer*. Cada nodo de la red posee una copia del registro de las transacciones y su función elemental es la validación o no de cada operación. De esta forma se garantiza la imposibilidad de acceso a la red de transacciones fraudulentas. Y todo ello en su conjunto se traduce pues en la posibilidad de que dos usuarios realicen transacciones con la máxima seguridad en cuanto a que no resultarán posibles manipulaciones al respecto[66].

---

59 Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., "Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero", *Op. cit.*, p. 12.

60 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti-Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 195.

61 Cfr. MEIER, M., *Geldwäsche-Compliance…*, *Op. cit.*, p. 36.

62 Cfr. BRAMESHUMMER, G. y EDELMANN, B., "Einführung, Krypto 1x1 für Strafrechtler", *Op. cit.*, p. 8.

63 PALPACUER, J. y AOUIZERAT, B., "Anti-Cyber Laundering: The Inclusion of Virtual Asset Service Providers", *en Cyber Laundering: International Policies and Practices*, (ed. Rébé, N.), Singapur, World Scientific Publishing, 2023, 1.ª ed., p. 261.

64 *Ibidem.*

65 Cfr. BRAMESHUMMER, G. y EDELMANN, B., "Einführung, Krypto 1x1 für Strafrechtler", *Op. cit.*, p. 2.

66 *Ibidem.*

5. CARACTERÍSTICAS DE LAS CRIPTOMONEDAS QUE FAVORECEN LA COMISIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES

La razón de ser del presente apartado dedicado al examen de las notas técnicas de las monedas virtuales descentralizadas y su relación con el blanqueo de capitales se debe a que en diversas investigaciones se ha constatado que las criptomonedas son las que presentan mayores estadísticas de uso criminal. Asimismo, debe precisarse que, si bien en el ámbito de las criptomonedas se hace referencia a *Bitcoin* como la más empleada para operaciones de blanqueo de capitales, en realidad la mayoría de las billeteras asociadas a tales hechos ilícitos se compone de otras *altcoins*[67].

El blanqueo de capitales cometido mediante criptomonedas consiste en una técnica de mayor complejidad que los métodos tradicionales de legitimación de fondos ilícitos[68], si bien facilita a los delincuentes sus pretensiones de ocultación del origen del dinero y su movimiento a través de las fronteras sin posibilidad de detección[69]. Las criptomonedas llevan asociadas un pseudoanonimato y una descentralización que generan evidentes riesgos de blanqueo de capitales, en cuanto su funcionamiento dificulta el rastreo del historial de las transacciones y se aleja del sistema financiero tradicional[70]. Precisamente, en atención a estas características se afirma que la determinación de las cifras de criminalidad asociada a las criptomonedas resulta verdaderamente compleja[71].

El ámbito de las criptomonedas se erige como un campo propicio para las actividades de blanqueo de capitales ya que permiten transferir, recaudar y estratificar los beneficios ilícitos[72]. La descentralización, el pseudoanonimato y la facilidad para realizar rápidamente operaciones a nivel global son notas técnicas que atraen no solo a usuarios legítimos, sino también a criminales en búsqueda de *modus operandi* más sofisticados para perpetrar con éxito sus acciones delictivas[73]. Las características enunciadas de las criptomonedas dificultan la prevención y la persecución de las

---

67 Cfr. WANG, H. M. y HSIEH, M. L., "Cryptocurrency is new vogue: a reflection on money laundering prevention", *Op. cit.*, p. 34.

68 Cfr. WRONKA, C., "Money laundering through cryptocurrencies - analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures", *Op. cit.*, p. 84.

69 Cfr. WRONKA, C., «"Cyber-laundering": the change of money laundering in the digital age», *Journal of Money Laundering Control*, 25(2), 2022, p. 341.

70 Cfr. BENSON, V. et al., "Harmonising cryptocurrency regulation in Europe: opportunities for preventing illicit transactions", *Op. cit.*, p. 39.

71 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", *Op. cit.*, p. 126.

72 Cfr. HAFFKE, L., FROMBERGER, M. y ZIMMERMANN, P., "Cryptocurrencies and anti-money laundering: the shortcomings of the fifth AML Directive (EU) and how to address them", *Op. cit.*, p. 130.

73 Cfr. TROZZE, A., "Cryptocurrency Crime", en *Cryptocurrency Concepts, Technology, and Applications*,(ed. Liebowitz, J.), Londres, CRC Press, 2023, p. 94.

actividades de blanqueo de capitales[74], sobre todo mediante el uso de herramientas de investigación convencionales[75].

A continuación, se esbozan las ideas básicas en torno a cada uno de los rasgos operativos que las criptomonedas presentan para el blanqueo de capitales.

5.1. Descentralización

La descentralización implica la imposibilidad de adopción de las medidas antiblanqueo que habitualmente aplican las entidades financieras[76]. La ausencia de intermediarios elimina un primer eslabón para la detección e información de operaciones sospechosas de blanqueo de capitales a las autoridades competentes. Las monedas virtuales descentralizadas carecen de un control ejercido por un banco u otra autoridad central que vigile las transacciones realizadas en la red. Esto es, el sistema *peer-to-peer* en que se fundamentan permite operar libremente a cada ordenador de la red con otros nodos sin riesgo alguno para la transacción de la que se trate.

Más en concreto, como pone de manifiesto WRONKA[77], la naturaleza descentralizada de las criptomonedas implica que las transacciones no pueden ser bloqueadas por las entidades bancarias, como ocurre en el caso de las transacciones electrónicas con moneda fiduciaria, al no existir una autoridad central con capacidad de detección, bloqueo y denuncia de transacciones sospechosas. Ello supone que los usuarios pueden operar libremente sin la intermediación de un tercero, por lo que esta característica resulta decisiva para el blanqueo de capitales y un claro desafío para las instancias reguladoras por la falta de ayuda que los intermediarios aportan en las investigaciones[78].

5.2. Anonimato vs. pseudoanonimato

La idea de partida es que las criptodirecciones de los usuarios son anónimas y no existen elementos que permitan vincular aquellas con identidades personales concretas. Los protocolos operativos de las criptomonedas no requieren la identificación de los usuarios[79]. Esta naturaleza se trata de uno de los puntos de máxima atención

---

74 Cfr. BRANDL, R. y BÜLTE, J., "Kryptowährungen/-assets-Geldwäsche und Terrorismusbekämpfung-Perspektive Sorgfaltsverpflichtete", en *Finanzstrafrecht 2022: Virtuelle Währungen und Kryptoassets im Steuer(straf)recht und Strafrecht*,(eds. Leitner, R. y Brandl, R.), Viena, Linde Verlag, 2023, 1.ª ed., p. 107.

75 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 198.

76 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti-Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 197.

77 Cfr. WRONKA, C., *"*Money laundering through cryptocurrencies-analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures*"*, *Op. cit.*, p. 84.

78 *Ibidem.*

79 Cfr. KOUTSOUPIA, V., "Challenges of the Use of Virtual Assets in Money Laundering", *Op.*

por los reguladores, ya que las políticas antiblanqueo se basan en la verificación de las identidades personales, por lo que aun pudiéndose detectar ciertos patrones de transacciones, la incapacidad para vincular aquellas a un usuario impide conocer a las personas específicas que se hallas detrás de las transacciones. A ello se añade que cada persona puede disponer de varias cuentas[80] o, incluso, crear una nueva dirección para realizar una determinada transacción[81].

El anonimato deriva de la tecnología de cifrado en que se fundamentan las criptomonedas, ya que aquella garantiza la protección de las identidades personales, al mismo tiempo que sirve para hacer frente a posibles acciones provenientes de la cibercriminalidad, al fraude y a revelaciones no autorizadas[82]. Si bien hasta aquí pudiera pensarse que el cifrado únicamente reporta ventajas significativas, debe ponerse de manifiesto que también ostenta una dimensión negativa en cuanto facilita actos de blanqueo de capitales sin posibilidad de detección de las identidades personales por parte de las fuerzas de seguridad[83]. De ahí que se subraye ampliamente como una de las características elementales de las criptomonedas que facilitan la comisión del blanqueo de capitales.

A pesar de que el anonimato de las criptomonedas se estipule como una de las aptitudes para el delito, esta premisa no constituye una máxima absoluta. El anonimato de los usuarios se puede ver reducido a través del examen de direcciones IP únicas, la geolocalización y, especialmente, mediante el historial de las transacciones[84]. Las monedas virtuales descentralizadas no proporcionan un anonimato pleno, sino que son pseudónimas[85], ya que las transacciones se registran en la cadena de bloques pública[86], por lo que, aun reconociéndose su complejidad, esta última puede ser objeto de "desanonimización futura"[87]. La identificación de los usuarios que se hallan detrás de las criptodirecciones resulta posible mediante el empleo de herramientas

cit., p. 59.

80 Cfr. CHASIN VELKES, G., "International Anti-Money Laundering Regulation of Virtual Currencies and Assets", *New York University Journal of International Law and Politics*, 52, 2020, p. 877.

81 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti-Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 196.

82 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", *Op. cit.*, p. 130.

83 *Ibidem*.

84 Cfr. DESMOND, D. B., LACEY, D. y SALMON, P., "Evaluating cryptocurrency laundering as a complex socio-technical system: A systematic literature review", *Op. cit.*, p. 482.

85 Cfr. RAYMAEKERS, W., "Cryptocurrency Bitcoin: Disruption, challenges and opportunities", *Journal of Payments Strategy & Systems*, 9(1), 2015, p. 38.

86 Cfr. HOSSAIN, M. B., "Acquiring an awareness of the latest regulatory developments concerning digital assets and anti-money laundering", *Journal of Money Laundering Control*, 26(6), 2023, p. 1262.

87 PAESANO, F., "Following the Virtual Money: Investigating Crypto-Based Money Laundering and Confiscating Virtual Assets", en *Cryptocurrency Concepts, Technology, and Applications*, (ed. Liebowitz, J.), Londres, CRC Press, 2023, 1.ª ed., p. 123.

de análisis de la cadena de bloques que se articulan en base a técnicas de agrupación a partir de los patrones de las transacciones[88]. Algunas empresas de análisis de la cadena de bloques han adquirido especial transcendencia, como *Chainalysis*, *Elliptic* o *Scorechain*[89].

5.3. Facilidad de acceso, negociabilidad global y rápida disponibilidad

La facilidad de acceso y la rapidez de las transacciones mediante las criptomonedas son dos extremos relacionados que también se estipulan como claras aptitudes para el blanqueo de capitales. Únicamente resulta necesario para el uso de las criptomonedas acceso a Internet[90], por lo que existe una escasa dificultad para realizar transacciones seguras, irreversibles y de bajo coste[91]. La infraestructura de las criptomonedas ha alcanzado una dimensión mundial mediante las plataformas *online* y los cajeros automáticos, por lo que la compra e intercambio de monedas virtuales carece de límites temporales y espaciales[92]. A lo anterior se añade a la ausencia de trabas burocráticas que supongan algún tipo de intermediación en los envíos de fondos[93].

6. EL CRIPTOBLANQUEO: APROXIMACIÓN Y PRINCIPALES ESTRATEGIAS PARA EL DELITO

6.1. La reformulación del blanqueo de capitales a través de las criptomonedas

El blanqueo de capitales se define como el proceso por el que se dota de apariencia de legalidad a bienes ilícitos. La esencia del delito radica en el diseño de diferentes estrategias para disfrazar el origen de los bienes y otorgarles plena legitimidad para su disfrute. Concebido el blanqueo como proceso, en él se distinguen las fases de colocación, estratificación e integración. La primera consiste en la introducción del dinero fiat ilícito en el sistema financiero; los métodos para tal fin son múltiples, si bien el más frecuente es la fragmentación del dinero ilícito en pequeñas cantidades y su ingreso en cuentas bancarias (*smurfing*). La estratificación se realiza mediante una multiplicidad de transferencias electrónicas transfronterizas destinadas a mover indiscriminadamente los fondos en aras de dificultar el rastreo del origen

88 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti-Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 196.

89 Cfr. DUPUIS, D. y GLEASON, K., "Money laundering with cryptocurrency: open doors and the regulatory dialectic", *Journal of Financial Crime*, 28(1), 2020, p. 65.

90 Cfr. MEIER, M., *Geldwäsche-Compliance…*, *Op. cit.*, p. 73.

91 Cfr. TROZZE, A., "Cryptocurrency Crime", *Op. cit.*, p. 94.

92 Cfr. KOUTSOUPIA, V., "Challenges of the Use of Virtual Assets in Money Laundering", *Op. cit.*, p. 59.

93 *Ibidem.*

de aquellos. Y en la integración se reintroduce el dinero en la economía legal para adquirir bienes o servicios.

En la era tecnológica que nos hallamos podía presumirse que los delincuentes acudirían a los nuevos avances digitales, y en especial a las criptomonedas, para perpetrar sus acciones criminales sin límites temporales o espaciales[94]. El recurso a las nuevas tecnologías permite el aprovechamiento de la "doble ventaja"[95] inherente a la aparición de una nueva aplicación digital. Por un lado, la falta de regulación y la necesidad de tiempo por parte de los legisladores internacionales y nacionales para el diseño y la adopción de un marco legal óptimo. Y, por otro, la falta de protocolos de detección y reacción por las autoridades encargadas de la investigación que, apresuradamente, se ven obligadas al desarrollo de estrategias para reaccionar a nuevos *modus operandi* delictivos.

El avance que representan las criptomonedas se sitúa comúnmente en segundo plano en atención a múltiples factores negativos como, por ejemplo, la falta de respaldo de su valor, la volatilidad imperante en torno a ellas y el excesivo coste energético que requiere el proceso de minería en que basan su emisión y funcionamiento[96]. Entre las derivadas negativas que ponen en jaque la valoración positiva que merecen las criptomonedas sobresale su instrumentalización para fines criminales[97]. A través de las monedas virtuales se facilita la comisión de delitos en el ciberespacio debido a la rapidez y a la seguridad de las transacciones, así como a la dificultad para rastrear las operaciones[98].

El catálogo de actividades delictivas potenciadas por el empleo de las criptomonedas resulta amplio, pero entre ellas destacan el *ransomware* y el blanqueo de capitales. El primer fenómeno consiste en el robo de datos personales en equipos informáticos mediante la introducción de un *malware* que bloquea la computadora de la víctima hasta el pago de un rescate a través de criptomonedas[99]. Las principales investigaciones ponen de manifiesto que *Bitcoin* se trata de la moneda más utilizada, si bien proliferan también solicitudes de pago mediante monedas de privacidad (*privacy coins*)[100], entre las que destacan *Monero*, *ZCash*, *Dash*, *NAVCoin*, *Verge* o *PIVX*[101].

---

94 Cfr. DUPUIS, D. y GLEASON, K., "Money laundering with cryptocurrency: open doors and the regulatory dialectic", *Op. cit.*, p. 71.

95 PAESANO, F., "Following the Virtual Money: Investigating Crypto-Based Money Laundering and Confiscating Virtual Assets", *Op. cit.*, p. 134.

96 *Ibidem.*

97 Cfr. BENSON, V. et al., "Harmonising cryptocurrency regulation in Europe: opportunities for preventing illicit transactions", *Op. cit.*, p. 38.

98 Cfr. KOUTSOUPIA, V., "Challenges of the Use of Virtual Assets in Money Laundering", *Op. cit.*, p. 56.

99 Cfr. TROZZE, A., "Cryptocurrency Crime", *Op. cit.*, p. 99.

100 *Ibidem.*

101 Cfr. DUPUIS, D. y GLEASON, K., "Money laundering with cryptocurrency: open doors and the regulatory dialectic", *Op. cit.*, p. 68; NAVARRO CARDOSO, F., "Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero", *Op. cit.*, p. 33.

En punto al blanqueo de capitales, las criptomonedas representan un canal idóneo para transmitir, limpiar y almacenar activos ilícitos en cuanto ofrecen factores clave como la descentralización o el anonimato[102].

6.2. El proceso de criptoblanqueo

El blanqueo de capitales se caracteriza actualmente por ser un fenómeno globalizado y sofisticado mediante los nuevos métodos de pago que requiere de la máxima cooperación internacional para su prevención y represión[103]. La mención a las criptomonedas resulta ineludible al hablar de la reformulación del blanqueo de capitales, ya que posibilitan la ocultación del origen del dinero y un movimiento ilimitado de los fondos, al mismo tiempo que generan excesivas dificultades para la detección de actividades ilícitas por las fuerzas de seguridad[104]. Las transacciones mediante criptomonedas se caracterizan por su dimensión transfronteriza y por resultar instantáneas y de bajo coste, lo cual convierte a aquellas en instrumentos idóneos para el blanqueo de capitales[105].

Antes de la exposición de las tres fases del proceso de criptoblanqueo puede adelantarse el papel fundamental que ostentan las plataformas de intercambio (*exchanges*) en cada una de ellas. En la fase de colocación, tales entidades constituyen una vía de entrada elemental en la medida en que permiten el intercambio de dinero fiat ilícito por criptomonedas. Asimismo, tales plataformas pueden verse involucradas en la fase de estratificación, ya que una de las técnicas más seguidas es el *chain hopping*, esto es, "el intercambio de cripto derivado del delito por monedas limpias"[106]. Y, finalmente, en la integración los *exchanges* desarrollan un papel esencial en cuanto permiten la conversión de criptomonedas en dinero fiat. Por ello, la inclusión de estas plataformas en la lista de sujetos obligados se erige como una de las principales medidas del GAFI[107], si bien con relativa eficacia para una prevención eficaz del criptoblanqueo.

---

102 Cfr. KOUTSOUPIA, V., "Challenges of the Use of Virtual Assets in Money Laundering", *Op. cit.*, p. 54.

103 Cfr. ABEL SOUTO, M., "La comisión del delito de blanqueo de dinero mediante las nuevas tecnologías y la internacionalización del Derecho penal", *Op. cit.*, p. 505.

104 Cfr. WRONKA, C., «"Cyber-laundering": the change of money laundering in the digital age», *Op. cit.*, p. 334.

105 Cfr. CALAFOS, M. W. y DIMITOGLOU, G., "Cyber Laundering: Money Laundering from Fiat Money to Cryptocurrency", en *Principles and Practice of Blockchains*, (eds. Daimi, K.; Dionysiou, I. y El Madhoun, N.), Cham, Springer, 2023, 1.ª ed., p. 286.

106 RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti-Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 205.

107 *Ibidem.*

El proceso de criptoblanqueo participa igualmente de las fases de colocación, estratificación e integración[108], si bien con algunas particularidades. En cada una de ellas se utilizan diferentes métodos que varían desde una relativa simplicidad hasta una complejidad que requiere de conocimientos técnicos[109]. A ello todavía cabe añadir la constante innovación predominante en relación con las criptomonedas, lo que puede suponer el abandono de dichos procedimientos y la aparición de otros cauces o estrategias eficientes para actividades de blanqueo de capitales[110].

6.2.1. Colocación

La colocación consiste en la conversión del dinero sucio a criptomoneda. Preferentemente se lleva a cabo mediante *exchanges* disponibles en la *Darknet* que no aplican medidas *know your customer* (en adelante, KYC)[111] o, en menor medida, a través de la compra de criptomonedas en cajeros ATM conectados a Internet. Estos últimos terminales posibilitan la compraventa de monedas virtuales, operan como si de un cajero automático normal se tratase y promueven el anonimato en los casos en los que no se requiere identificación[112]. El funcionamiento de tales cajeros es sencillo, ya que puede depositarse el dinero ilícito en efectivo y, tras una comisión, recibirse en un monedero una cantidad de criptomoneda (por ejemplo, *Bitcoin*) equivalente al valor depositado[113].

La fase inicial de colocación se elimina en los supuestos en los que el dinero proviene de actividades como el *ransomware* al resultar el beneficio ilícito una cantidad de criptomoneda[114]. A ello se añade que se pueden obtener criptomonedas como pago por entrega de estupefacientes, armas, pasaportes, falsos y otros documentos en la *Darknet*[115].

---

108 Cfr. DESMOND, D. B., LACEY, D. y SALMON, P., "Evaluating cryptocurrency laundering as a complex socio-technical system: A systematic literature review", *Op. cit.*, p. 482.

109 Cfr. ALMEIDA, H.; PINTO, P. y VILAS, A., "A review on cryptocurrency transaction methods for money laundering", en *Proceedings of the 5th International Conference on Finance, Economics, Management and IT Business*, (eds. Arami, M.; Baudier, P. y Chang, V.), Setúbal, Science and Technology Publications, 2023, 1.ª ed., p.120.

110 *Ibidem.*

111 Cfr. WRONKA, C., "Money laundering through cryptocurrencies - analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures", *Op. cit.*, p. 85.

112 Cfr. ALMEIDA, H.; PINTO, P. y VILAS, A., "A review on cryptocurrency transaction methods for money laundering", *Op. cit.*, p. 119.

113 Cfr. WRONKA, C., "Money laundering through cryptocurrencies - analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures", *Op. cit.*, p. 85.

114 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti-Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 198.

115 Cfr. MEIER, M., *Geldwäsche-Compliance…*, *Op. cit.*, p. 76.

6.2.2. Estratificación

El esquema delictivo en el criptoblanqueo transcurre seguidamente por la creación de diversas capas o movimientos de las criptomonedas en aras de conseguir el máximo anonimato posible. En esta fase de estratificación se establecen como técnicas principales el *chain hopping*, el recurso a *mixing services* (*tumblers*) o el uso de monedas con protocolos especiales para la privacidad de los intervinientes y de los datos de la operación. El predominio en la práctica de estos recursos mencionados provoca que en este trabajo se atienda especialmente a ellos, si bien deben añadirse también los criptocasinos y los intercambios descentralizados (DEX) como mercados basados en la BCT y que permiten transacciones entre pares[116].

El *chain hopping* consiste en el intercambio de un tipo de criptomoneda, como por ejemplo *Bitcoin*, por otras *altcoins* con la finalidad de lograr mayor privacidad[117]. Los transvases de fondos entre las distintas cadenas de bloques dificultan el rastreo de las transacciones[118]. Esta técnica suele realizarse mediante la conversión de una criptomoneda tipo *Bitcoin* en *privacy coins*, en cuanto estas últimas facilitan el anonimato de las partes y la ofuscación del importe de la transacción[119]. El objetivo fundamental de esta técnica consiste en realizar una serie rápida de transacciones e involucrar diferentes cadenas de bloques para dificultar el rastreo del origen y destino de las criptomonedas objeto del intercambio; a ello se añade que los intercambios se realizan normalmente en *exchanges* poco exigidos desde un punto de vista legal[120].

Los *mixing services* (*v. gr. Bitcoin Mixer*, *Blender.io*, *Chip-Mixer*, *FoxMixer*, *SmartMixer* o *CryptoMixer*) constituyen otra técnica para impedir la trazabilidad de las transacciones en la BC[121]. Tales servicios están disponibles en la *Dark Web*, a la cual se puede acceder mediante el empleo de navegadores tipo TOR (por sus siglas en inglés, T*he Onion Router*)[122]. La transcendencia de tales servicios radica en que permiten oscurecer la cadena de bloques mediante la unión de múltiples operaciones de distintos usuarios que se registran en las cadenas de bloques como una única transacción. Ello imposibilita conocer qué salidas provienen de cada usuario[123]. Una vez realiza-

---

116 Cfr. ALMEIDA, H.; PINTO, P. y VILAS, A., "A review on cryptocurrency transaction methods for money laundering", *Op. cit.*, p. 119.

117 Cfr. PAESANO, F., "Following the Virtual Money: Investigating Crypto-Based Money Laundering and Confiscating Virtual Assets", *Op. cit.*, p. 135.

118 *Ibidem.*

119 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti-Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 199.

120 Cfr. ALMEIDA, H.; PINTO, P. y VILAS, A., "A review on cryptocurrency transaction methods for money laundering", *Op. cit.*, p. 119.

121 Cfr. WANG, H-M. y HSIEH, M-L., "Cryptocurrency is new vogue: a reflection on money laundering prevention", *Op. cit.*, p. 35.

122 Cfr. TROZZE, A., "Cryptocurrency Crime", *Op. cit.*, p. 105.

123 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering

das numerosas operaciones simuladas, el *mixing service* transfiere a la clave pública del cliente u a otra especificada por aquel una cantidad equivalente a la inicial[124]. A cambio el mezclador deduce una tasa por la prestación del servicio que oscila desde el 0,5% hasta el 5%[125].

La operatividad de los *tumblers* radica en la ofuscación de las transacciones en las distintas cadenas de bloques. Siguiendo a FROMBERGER y ZIMMERMANN[126], tales servicios permiten oscurecer la cadena de bloques mediante un ciclo económico que imposibilita que terceros puedan rastrear el origen de los *tokens*. Como indican los autores citados, los *tumblers* disponen de múltiples claves públicas para la transferencia aleatoria y automática de los *tokens* procedentes de sus clientes y en el proceso se divide la cantidad ingresada en menores cuantías para completar el ciclo económico. El proceso termina con una transferencia de *tokens* equivalente a la cuantía original a una clave pública del cliente, previa comisión porcentual que puede ser una tarifa variable aleatoria[127].

Debido al pseudoanonimato que ofrecen criptomonedas como el *Bitcoin*, las personas implicadas en acciones delictivas recurren también a las *privacy coins* en cuanto ofrecen soluciones tecnológicas para la ocultación de las identidades del remitente y receptor, así como del importe de la transacción[128]. Acerca de estas monedas conviene señalar, como pone de relieve WRONKA[129], que, si bien su capitalización en el mercado resulta menor, cada vez están ganando más presencia, especialmente en la *Darknet*, ya que facilitan la ocultación de las transacciones y, por tanto, ostentan mayor operatividad para la perpetración de actividades delictivas.

Entre las *privacy coins* destaca *Monero* (XMR) que, para el aseguramiento de un mayor anonimato, incluye como característica complementaria las firmas de anillo[130]. Esta técnica supone que un grupo de usuarios puede generar la firma de la transacción, lo que impide conocer totalmente al remitente, esto es, la clave utilizada[131]. Más en

---

and terrorism financing", *Op. cit.*, p. 128.

124 Cfr. MEIER, M., *Geldwäsche-Compliance…*, *Op. cit.*, p. 53.

125 Cfr. WANG, H-M. y HSIEH, M-L., "Cryptocurrency is new vogue: a reflection on money laundering prevention", *Op. cit.*, p. 35.

126 Cfr. FROMBERGER, M. y ZIMMERMANN, P., "Technische und wirtschaftliche Grundlagen", *Op. cit.*, p. 31.

127 *Ibidem*.

128 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti- Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 196.

129 Cfr. WRONKA, C., *"*Money laundering through cryptocurrencies - analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures*"*, *Op. cit.*, p. 84.

130 Cfr. COVOLO, V., "The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive", *Op. cit.*, p. 241.

131 Cfr. PAESANO, F., "Following the Virtual Money: Investigating Crypto-Based Money Laundering and Confiscating Virtual Assets", *Op. cit.*, p. 136.

concreto, MEIER[132] apunta que las firmas de anillo implican el uso no solo de la firma del remitente, sino también de otros participantes aleatorios que establecen una firma válida y equivalente para la transacción. Ello supone diversas salidas para una transacción en un anillo, al mismo tiempo que cada remitente configura la salida de la transacción de los restantes. Las firmas de anillo imposibilitan un rastreo de las transacciones mediante una combinación de claves públicas y privadas que se utilizan una sola vez[133].

El recurso a las *privacy coins* determina la imposibilidad de aplicar los protocolos de conocimiento del cliente, por lo que se advierte de la necesidad de que, desde el plano internacional, especialmente la UE siguiendo los parámetros establecidos por el GAFI, se tome partido contra este tipo de monedas virtuales. No obstante, el GAFI no prohíbe directamente su uso siempre y cuando se acompañen de medidas que permitan conocer la identidad de los participantes. Esto es, el enfoque adoptado responde al principio de neutralidad tecnológica, que supone que no se prohíben las *privacy coins* en cuanto se apliquen eficazmente obligaciones de diligencia debida con el cliente (en adelante, DDC), con independencia de la tecnología en cuestión[134]. En caso de no poder cumplirse lo anterior, el GAFI propone que los PSAV no participen en transferencias mediante monedas con protocolos de mejora del anonimato.

6.2.3. Integración

La última fase del proceso de criptoblanqueo es la integración. Tras el movimiento de los fondos ilícitos se pretende la reintroducción de aquellos en el sistema económico legal. Para ello existen desde algunos recursos simples hasta otros de mayor sofisticación. En el primer sentido, los *exchanges* permiten el intercambio de criptomonedas por moneda fiduciaria; también los cajeros ATM (*v. gr.* terminales electrónicos de *Bitcoin*)[135], que posibilitan esquivar los controles máximos de retirada mediante el uso de distintos cajeros[136]. Otra técnica sencilla consiste en la conversión de las criptomonedas en alguna de las aceptadas en el sector comercial para el pago de bienes o servicios. Otros métodos más cualificados son, en primer lugar, la creación de una empresa que admita el pago en criptomonedas para convertir las monedas virtuales contaminadas en limpias en cuanto pasa a constituir el resultado económico de la actividad empresarial[137]. Y, en segundo lugar, la compra

132 Cfr. MEIER, M., *Geldwäsche-Compliance…*, *Op. cit.*, p. 56.

133 *Ibidem.*

134 Cfr. COVOLO, V., "The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive", *Op. cit.*, p. 241

135 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti-Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 199.

136 Cfr. ALMEIDA, H.; PINTO, P. y VILAS, A., "A review on cryptocurrency transaction methods for money laundering", *Op. cit.*, p. 118.

137 Cfr. WRONKA, C., «"Cyber-laundering": the change of money laundering in the digital age»,

de *hardware* de minería para minar nuevas criptomonedas e intercambiarlas luego por monedas fiduciarias[138].

7. LOS ESTÁNDARES DEL GAFI EN RELACIÓN CON EL CRIPTOBLANQUEO

7.1. Evolución de las políticas aprobadas

La ausencia de una amplia regulación para la prevención de operaciones de blanqueo de capitales mediante el uso de criptoactivos en general constituye el principal motivo que explica la intensa atención prestada por el GAFI. Esta organización intergubernamental trata de instaurar un régimen de prevención del criptoblanqueo lo más uniforme posible a nivel mundial, por lo que desarrolla una función de auxilio elemental a las jurisdicciones nacionales para combatir los riesgos delictivos asociados a los criptoactivos. Las medidas adoptadas por el GAFI son además un fiel reflejo del desarrollo alcanzado por el ecosistema cripto, pues cada nuevo avance ha tenido como respuesta la elaboración de nuevas disposiciones para combatir los riesgos de blanqueo de capitales[139].

La consolidación de los AV demanda una actuación reglamentaria permanente, tal y como viene realizando el GAFI, al mismo tiempo que las medidas adoptadas deben acompañarse de trabajos de evaluación y actualización para solventar las nuevas problemáticas que se generan. Así ocurre, por ejemplo, con la cuestión relativa a la jurisdicción. El GAFI ha instaurado un sistema de licencias o registro en relación con los PSAV que, a su vez, requiere determinar en qué país reside la entidad o si se trata de supuestos de aplicación extraterritorial de normativa nacional. Siguiendo a DE KOKER et al.[140], el sistema previsto por el GAFI involucra en un buen número de ocasiones a diferentes países que deben autorizar la actividad de un PSAV, por lo que determinar dónde se encuentra la entidad resulta fundamental en el marco de una economía digital que posibilita la búsqueda de espacios de actuación ajenos a regulación.

La primera de las iniciativas del GAFI, más allá de la pionera clasificación de las monedas virtuales en 2014, fue la publicación en 2015 de la "Guía para un enfoque basado en el riesgo en relación con las monedas virtuales"[141]. La aportación principal

---

Op. cit., p. 334.

138 Cfr. WRONKA, C., *"*Money laundering through cryptocurrencies-analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures*"*, *Op. cit.*, p. 87.

139 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 203.

140 Cfr. DE KOKER, L. et al., "Where's Wally? FATF, Virtual Asset Service Providers, and the Regulatory Jurisdictional Challenge", en *Financial Technology and the Law*, (eds. Goldbarsht, D. y de Koker, L.), Cham, Springer, 2022, p. 152.

141 Vid. FATF, *Guidance for a risk-based approach virtual currencies*, Paris, 2015, pp. 1-48.

del texto consiste en la sujeción de las monedas virtuales y los proveedores de servicios de moneda virtual a los estándares normativos. En el documento se expone la idea de que resulta transcendental la adopción de una diligencia reforzada en punto a las monedas virtuales convertibles y descentralizadas de mayor riesgo[142]. No obstante, este documento presenta serias limitaciones para una prevención eficaz del criptoblanqueo pues, como advierte CHASIN VELKES[143], únicamente se centra en los puntos de intersección (entrada y salida) de las monedas virtuales con el sistema financiero, sin atender a "las transferencias internas del mercado, dejando así un gran número de transacciones sin regular"[144].

En la Cumbre del G20 celebrada en Buenos Aires en junio de 2018 se analizó la incidencia de las criptomonedas en la estabilidad financiera global. Los ministros de finanzas y gobernadores de los bancos centrales del G20 solicitaron al GAFI que aclarase la aplicación de sus recomendaciones contra el blanqueo de capitales en relación con tales innovaciones[145]. Ello se justificó particularmente en un crecimiento notable en el número de delitos, generando una preocupación mundial sin precedentes ante la falta de una respuesta jurídica[146]. La solicitud derivó en la revisión de la Recomendación n.º 15 en octubre del 2018, en la que el GAFI realizó una ampliación del ámbito de aplicación de sus estándares para abarcar todas las actividades con AV, al igual que introdujo el régimen de licencias y registro nacionales para los PSAV[147].

La Recomendación n.º 15, tras su modificación en 2018, también demanda expresamente que las autoridades nacionales supervisen el cumplimiento por parte de los PSAV de los estándares antiblanqueo. Los estados miembros del GAFI deben designar a una autoridad nacional con capacidad suficiente para realizar inspecciones, requerir informes e imponer sanciones disciplinarias y/o financieras, entre las que se halla la suspensión, restricción o retirada de la licencia para operar como PSAV[148]. La supervisión no puede ser realizada por un organismo de autorregulación, sino que debe tratarse de una autoridad nacional que tenga incluso potestad para imponer sanciones[149]. Estas últimas, conforme a lo estipulado en la Recomendación n.º 35

142 Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., "Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero", *Op. cit.*, p. 24.

143 Cfr. CHASIN VELKES, G., "International Anti-Money Laundering Regulation of Virtual Currencies and Assets", *Op. cit.*, p. 880.

144 *Ibidem.*

145 Cfr. PAESANO, F., "Following the Virtual Money: Investigating Crypto-Based Money Laundering and Confiscating Virtual Assets", *Op. cit.*, p. 126.

146 Cfr. DE KOKER, L. et al., "Where's Wally? FATF, Virtual Asset Service Providers, and the Regulatory Jurisdictional Challenge", *Op. cit.*, p. 158.

147 *Ibidem.*

148 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 204.

149 Cfr. PAVLIDIS, G., "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Op. cit.*, p. 4.

y la Nota Interpretativa de la Recomendación n.º 15 (en adelante, NIR n.º 15), deben ser "efectivas, proporcionadas y disuasorias"[150] y aplicables tanto a PSAV como a sus altos directivos[151].

Los países son los encargados de identificar a las personas físicas o jurídicas que prestan servicios relacionados con AV sin licencia o registro, todo ello con el fin de imponer las sanciones oportunas. La necesidad de que los estados impidan operar a las entidades que carezcan de autorización o registro supone una llamada de atención por parte del GAFI acerca de la proactividad que los estados deben adoptar en la identificación de servicios irregulares. Para la consecución de este último extremo, el GAFI dispone que los estados miembros deben emplear el máximo número de medios posibles, entre los que sugiere la aplicación de herramientas de rastreo para las webs, el uso de mecanismos de retroalimentación pública, así como el aprovechamiento del apoyo que ofrecen las informaciones de las Unidades de Inteligencia Financiera (en adelante, UIF)[152].

El GAFI determina que los PSAV deben cumplir con las obligaciones en materia de PBC/FT en idénticos términos que cualquier otro sujeto obligado. Como manifiestan DE KOKER et al.[153], los PSAV deben adoptar medidas de DDC para verificar la identidad de aquellos, crear perfiles de riesgo, controlar las transacciones y notificar operaciones sospechosas a las UIF. El GAFI no introduce disposiciones que difieran en lo sustancial de lo exigido a los demás sujetos obligados, por más que existan particularidades derivadas del funcionamiento técnico de los AV. Por ello, gran parte del régimen de prevención del criptoblanqueo instaurado por el GAFI remite esencialmente al contenido de las Recomendaciones n.º 10 a 21[154].

El GAFI introdujo también en 2018 dos nuevas definiciones en el Glosario de sus Recomendaciones. La primera se refiere a AV, entendiéndose por tales las representaciones digitales de valor que pueden comercializarse o transferirse digitalmente y pueden ser utilizadas con fines de pago o inversión, así como las representaciones digitales de valor que cumplen las funciones como medio de cambio, unidad de cuenta y/o depósito de valor. Esta definición se incluyó con la pretensión de que fuese lo suficientemente amplia como para permitir la inclusión de futuras innovaciones. La trascendencia del concepto radica en que no se limita a los *tokens* de tipo pago/intercambio, sino que también abarca los *tokens* de inversión/seguridad y de

150 PALPACUER, J. y AOUIZERAT, B., "Anti-Cyber Laundering: The Inclusion of Virtual Asset Service Providers", *Op. cit.*, p. 265.

151 Cfr. PAVLIDIS, G., "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Op. cit.*, p. 5.

152 *Ibidem*.

153 Cfr. DE KOKER, L. et al., "Where's Wally? FATF, Virtual Asset Service Providers, and the Regulatory Jurisdictional Challenge", *Op. cit.*, p. 162.

154 Cfr. PALPACUER, J. y AOUIZERAT, B., "Anti-Cyber Laundering: The Inclusion of Virtual Asset Service Providers", *Op. cit.*, p. 266.

utilidad[155]. Todos ellos poseen como notas en común su origen en el sector privado y su dependencia de la TRD. El concepto de AV va más allá pues de las criptomonedas, si bien no es ilimitado al excluirse expresamente las CBDC[156].

La segunda adición conceptual es la relativa a los PSAV que, según el GAFI, debe interpretarse con vocación de máxima amplitud, en igual forma que el concepto de AV, en aras de incluir a todas aquellas entidades que no se hallen sujetas previamente a los estándares normativos[157]. La definición de PSAV hace referencia a cualquier persona física o jurídica no incluida en otra parte de las Recomendaciones que, siempre como negocio, lleve a cabo alguna de las siguientes actividades para o en nombre de otra persona física o jurídica: 1. Intercambio entre AV y monedas fiduciarias; 2. Intercambio entre una o más formas de AV; 3. Transferencia de AV; 4. Custodia y/o administración de AV; y 5. Prestación de servicios financieros relacionados con la oferta y/o venta de un AV por parte de un emisor. Con esta definición el GAFI va más allá de lo estipulado en 2015 y amplía su atención a las actividades de cambio de AV por AV, a los cajeros ATM de criptomonedas y a los *mixing services*[158].

Apenas un año más tarde, en julio de 2019, el GAFI publicó la NIR n.º 15 para aclarar todavía más su aplicación respecto a las actividades prestadas por los PSAV. El origen de esta disposición se halla en la Cumbre del G20 celebrada en Osaka los días 28 y 29 de junio de 2019, en la que también se acogieron enmiendas a la Recomendación n.º 15 y al Glosario del GAFI[159]. La NIR n.º 15 resulta especialmente trascendente en cuanto establece los siguientes puntos: 1. La extensión del enfoque basado en el riesgo (en adelante, EBR) a las actividades con AV; 2. La supervisión de las actividades de los PSAV para lograr un régimen eficaz de PBC/FT; 3. Las medidas de DDC exigibles; 4. El deber de conservación de documentos; 5. El sistema para reportar operaciones sospechosas a las autoridades competentes; y 6. Los extremos relativos a la cooperación internacional[160].

La NIR n.º 15 incide nuevamente en el régimen que debe seguirse para la concesión de licencias o registros para los PSAV. Una de las novedades fundamentales aportadas reside en la necesidad de que el registro de los PSAV tenga lugar como mínimo

155 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti- Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 207.

156 Cfr. DE KOKER, L. et al., "Where's Wally? FATF, Virtual Asset Service Providers, and the Regulatory Jurisdictional Challenge", *Op. cit.*, p. 159.

157 Cfr. COVOLO, V., "The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive", p. 239.

158 Cfr. CHASIN VELKES, G., "International Anti-Money Laundering Regulation of Virtual Currencies and Assets", *Op. cit.*, p. 881.

159 Cfr. PONAMORENKO, V. E., "International Organizations' Approaches to Digital Assets Legalization (Monetary Policy and AML/CFT)", *Op. cit.*, p. 113.

160 *Ibidem.*

en la jurisdicción en la que se crean[161]. Esta declaración supone que un PSAV determinado, para ofrecer productos o desarrollar su actividad en otros países distintos al de creación, puede quedar sometido nuevamente a otro requisito de licencia o registro[162]. Con este modelo, como señala PAVLIDIS[163], el GAFI no hace otra cosa que involucrar a múltiples países en el control y supervisión de las actividades prestadas por los PSAV, si bien tal apuesta demanda como correlativa el establecimiento de canales de cooperación eficaces entre los distintos supervisores nacionales.

La NIR n.º 15 contempla el deber para las autoridades nacionales de garantizar que los delincuentes o cómplices no posean una participación significativa de control o gestión en las entidades que prestan servicios de AV[164]. Por ello se estipula que cualquier cambio en la estructura de aquellas debe ser objeto de aprobación por las autoridades competentes[165]. Esta medida se halla en íntima relación con la concesión de licencias o el registro necesario al que se ven sometidos los PSAV, pues ambas persiguen que los delincuentes no desempeñen un papel activo en tales entidades. Como indican DE KOKER et al.[166], uno de los extremos básicos en el proceso de concesión de licencias o registro de los PSAV es la identificación de las personas que ofrecen los servicios, asumiendo tal función la autoridad que se encarga de la concesión de licencias o registro o quien cumpla con dicha tarea por delegación.

La NIR n.º 15 extiende la regla de viaje (*travel rule*) a las transacciones criptográficas. Los PSAV están obligados a recopilar y compartir datos de los usuarios en transacciones superiores a 1.000 USD/€; por encima de tal cuantía, los PSAV deben aplicar medidas de DDC y realizar un manejo cuidadoso de los datos. Para las operaciones con AV que no superen el umbral de los 1.000 USD/€ también se contempla el deber de recopilar los nombres y números de cuenta del ordenante y del beneficiario, al igual que la dirección de la billetera de cada uno o la identificación numérica de la transacción[167]. Estas transacciones no serán objeto de comprobación, salvo sospechas de blanqueo de capitales. La extensión de la *travel rule* a las operaciones con

161 Cfr. PALPACUER, J. y AOUIZERAT, B., "Anti-Cyber Laundering: The Inclusion of Virtual Asset Service Providers", *Op. cit.*, p. 264.

162 Cfr. PAVLIDIS, G., "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Op. cit.*, p. 4.

163 *Ibidem.*

164 Cfr. DE KOKER, L. et al., "Where's Wally? FATF, Virtual Asset Service Providers, and the Regulatory Jurisdictional Challenge", *Op. cit.*, p. 162.

165 Cfr. PAVLIDIS, G., "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Op. cit.*, p. 4.

166 Cfr. DE KOKER, L. et al., "Where's Wally? FATF, Virtual Asset Service Providers, and the Regulatory Jurisdictional Challenge", *Op. cit.*, p. 162.

167 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 207; PAESANO, F., "Following the Virtual Money: Investigating Crypto-Based Money Laundering and Confiscating Virtual Assets", *Op. cit.*, p. 127.

AV permite afirmar que el GAFI involucra al máximo a los PSAV en la PBC/FT, al mismo tiempo que destaca la diferencia entre la cantidad fijada para las transacciones mediante AV y el umbral establecido para las transacciones financieras (15.000 USD/€). La distinción se fundamenta inequívocamente en la consideración de que las actividades con AV entrañan mayor riesgo de blanqueo de capitales[168].

La *travel rule* supone, a tenor de lo dispuesto en la Nota Interpretativa de la Recomendación n.º 16, que tanto el PSAV ordenante como el PSAV beneficiario deben recabar y conservar la siguiente información en las transferencias de AV: a) el nombre del ordenante; b) el número de cuenta del ordenante cuando dicha cuenta se utilice para procesar la transacción; c) la dirección del ordenante, o su número nacional de identidad, o su número de identificación de cliente, o su fecha y lugar de nacimiento; d) el nombre del beneficiario; e) y el número de cuenta del beneficiario cuando se utilice dicha cuenta para procesar la transacción. Si no hay cuenta, debe incluirse un número de referencia de transacción único que permita la trazabilidad de la transacción. Tales entidades deben mantener durante cinco años la información sobre el ordenante y el beneficiario[169], así como poner aquella a disposición de las UIF o de las autoridades policiales y/o judiciales cuando sea requerida[170].

La exigencia de que los PSAV cumplan con las tradicionales medidas antiblanqueo impuestas a los demás sujetos obligados, incluyéndose la *travel rule*, conforman un "enfoque basado en intermediarios"[171], a los que se les otorga cierta flexibilidad[172] para cumplir con los requisitos impuestos en aras de no frenar la innovación financiera[173]. Con todo, algunos autores muestran un claro escepticismo a la traslación de los deberes de PBC/FT a las entidades que prestan servicios en el ecosistema cripto por las siguientes razones. En primer lugar, tal extensión puede traducirse en una necesaria reorganización de la BCT[174], dado que los protocolos en que se fundamenta no requieren de tales datos para completar una transacción. En segundo lugar, esta política también puede aumentar el coste de las criptomonedas[175], en la medida en que la *travel rule* supone una carga más costosa para los PSAV que para

168 Cfr. PALPACUER, J. y AOUIZERAT, B., "Anti-Cyber Laundering: The Inclusion of Virtual Asset Service Providers", *Op. cit.*, p. 267.

169 Vid. Recomendación n.º 11 del GAFI.

170 Vid. Nota Interpretativa a la Recomendación n.º 17 apartado 7 letra b).

171 RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti-Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 210.

172 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", *Op. cit.*, p. 137.

173 Cfr. PAVLIDIS, G., "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Op. cit.*, p. 5.

174 Cfr. ABEL SOUTO, M., "La comisión del delito de blanqueo de dinero mediante las nuevas tecnologías y la internacionalización del Derecho penal", *Op. cit.*, p. 517.

175 *Ibidem.*

las instituciones financieras tradicionales[176]. Y, en tercer lugar, se añade el riesgo de remisión de información a entidades no reguladas ante transferencias de AV al margen de los PSAV[177].

La *travel rule* resulta aplicable a las transferencias electrónicas, en donde se incluyen también las transacciones realizadas con AV. El concepto de "transferencias electrónicas" establecido por el GAFI se ha visto sometido a una constante reforma para incluir en él las transferencias mediante criptoactivos en general, en la medida en que estas últimas se equiparan a las transacciones financieras tradicionales[178]. En ambas formas se identifica pues a un ordenante que pone a disposición de un beneficiario una cantidad determinada de fondos por medios electrónicos, por más que las operaciones utilicen una tecnología diferente y se caractericen ampliamente por la desintermediación.

El GAFI adoptó en octubre de 2019 una nueva versión de la "Guía sobre la aplicación de un enfoque basado en el riesgo a los AV y a los PSAV"[179]. El objetivo era auxiliar a las jurisdicciones en la configuración de un marco de control y supervisión óptimo en relación con las actividades de AV. Entre las principales novedades destaca, en primer lugar, el énfasis en la definición de AV como representación digital de valor que puede comercializarse o transferirse digitalmente y puede usarse con fines de pago o inversión. Ello supone reafirmar la inclusión de los *tokens* de utilidad y de inversión/seguridad. El GAFI subraya la necesidad de flexibilizar la definición de AV por tratarse de una gama de productos y servicios en evolución; por ello, a efectos de aplicación de los estándares antiblanqueo considera a los AV "bienes", "productos", "fondos", "fondos u otros activos" o un "valor correspondiente"; esta matización se considera positiva ya que difumina toda duda respecto a la naturaleza jurídica de los criptoactivos y su sujeción a los estándares antiblanqueo[180].

En el documento de 2019 se señala que las *stablecoins* y los proveedores de servicios de monedas estables deben someterse igualmente a los estándares del GAFI, bien como AV y PSAV, bien como activos financieros y proveedores de servicios financieros tradicionales[181]. Las *stablecoins* vinculan su valor mayoritariamente a monedas fiduciarias como activo estable con la finalidad de reducir la alta volati-

176 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", *Op. cit.*, p. 138.

177 *Ibidem.*

178 Cfr. PALPACUER, J. y AOUIZERAT, B., "Anti-Cyber Laundering: The Inclusion of Virtual Asset Service Providers", *Op. cit.*, p. 268.

179 Vid. FATF, *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers,* Paris, 2019, pp. 1-59.

180 Cfr. PAVLIDIS, G., "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Op. cit.*, p. 3.

181 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", *Op. cit.*, p. 131.

lidad predominante en cuanto al precio de mercado. *Tether* es el principal ejemplo en la medida en que el valor de sus *tokens* USDT se condicionan al valor del dólar estadounidense; no obstante, es solo un único ejemplo de *stablecoin* que se respalda a través de dinero fiat, al mismo tiempo que existen otras que se apoyan en otros activos o instrumentos financieros para reducir la volatilidad y aumentar su empleo en el sector comercial[182].

Entre los proyectos de *stablecoins* destacó especialmente en 2019 la denominada por aquel entonces Libra, promovida por Facebook, hasta tal punto que el GAFI centró su atención en las *stablecoins* por los riesgos de blanqueos de capitales que llevaban asociadas[183]. El GAFI identificó dos preocupaciones principales relacionadas con las *stablecoins*: la adopción masiva en el mercado y la proliferación de transferencias peer-to-peer sin sujetarse a la regulación sobre PBC/FT[184]. Estas preocupaciones dieron lugar a que el GAFI publicase en junio de 2020 un nuevo dictamen adicional sobre las *stablecoins* para aclarar su sujeción a las recomendaciones[185]. Este informe resulta transcendental en cuanto sirve como una actualización para los reguladores nacionales sobre el desarrollo alcanzado por las *stablecoins* y la necesidad de garantizar que estas se sujeten a controles de PBC/FT adecuados[186].

La Guía aprobada en 2019 también matiza la noción de PSAV con las siguientes restricciones. El GAFI subraya la sujeción a sus estándares de aquellas entidades que prestan en calidad de negocios diversos servicios relacionados con AV, siempre en nombre de otra persona física o jurídica. Esta previsión determina a *sensu* contrario que los usuarios individuales de AV no se incluyen entre los PSAV, así como tampoco aquellas personas que desarrollen un *software* destinado a servir como nueva plataforma de funcionamiento para los AV y se dedican exclusivamente a la venta de la aplicación[187].

Uno de los éxitos del GAFI es el examen periódico de la implementación de todos sus estándares en los estados miembros. Las disposiciones normativas sobre AV son también objeto de revisión en aras de analizar el grado de seguimiento del régimen en las distintas jurisdicciones nacionales. Esta evaluación se realiza en un marco temporal periódico (12 meses) en el que cada uno de los miembros del GAFI y los

182 Cfr. WRONKA, C., "Crypto-asset activities and markets in the European Union: issues, challenges and considerations for regulation, supervision and oversight", *Op. cit.*, p. 85.

183 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", *Op. cit.*, p. 134.

184 *Ibidem.*

185 Vid. FATF, FATF *Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors on So-called Stablecoins*, Paris, 2020, pp. 1-32.

186 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", *Op. cit.*, p. 131.

187 Cfr. DE KOKER, L. et al., "Where's Wally? FATF, Virtual Asset Service Providers, and the Regulatory Jurisdictional Challenge", *Op. cit.*, p. 160.

órganos regionales asimilados a este (que agrupan a más de 200 jurisdicciones nacionales) cubren un cuestionario al respecto[188]. La transcendencia de esta metodología de evaluación seguida por el GAFI no solo radica en el conocimiento del *statu quo* normativo existente en cada jurisdicción, sino que permite revisiones regulares de la guía sobre AV y PSAV[189].

El GAFI publicó en junio de 2020 la primera revisión de 12 meses acerca de la implementación de las disposiciones contenidas en la Guía de 2019[190]. En esta evaluación se pusieron de manifiesto las principales problemáticas a la hora de aplicarse los estándares normativos, destacando el *sunrise problem*. Este es un aspecto recurrente tras la aparición de una nueva normativa en cuanto su implementación en el plano nacional difiere en función de los esfuerzos adoptados por cada estado. En relación con los AV y el desigual cumplimiento de las normas, el problema radica en que la *travel rule* no podrá aplicarse con éxito en aquellos casos en los que un cliente de un *exchange* que opera en una jurisdicción vinculada a las obligaciones de identificación envía dinero a una persona que utiliza un *exchange* sito en un país que no incorporó la regulación de la *travel rule*[191]. Este supuesto determina la falta de respuesta por el PSAV beneficiario en la medida en que carece de la información solicitada por no aplicarse en su país la *travel rule*[192].

La rapidez de las transacciones que permiten los AV se acompaña de un grado de anonimato, desde parcial a absoluto[193], que potencia el blanqueo de bienes procedentes de delitos como el tráfico de drogas, la ciberdelincuencia o la trata de personas. Con el objetivo de auxiliar a los estados en la detección de tales actividades ilícitas, el GAFI publicó en septiembre de 2020 el documento "Indicadores de alerta de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo asociados con activos virtuales"[194] en el que, sobre la base de más de 100 estudios de caso, expone una serie de indicadores que los PSAV deben tener en cuenta para detectar posibles operaciones de blanqueo de capitales[195]. Entre ellos destacan: 1. El uso de *privacy coins* o el recurso a *mixing services* para aumentar el anonimato de las transacciones; 2. El hecho de que las operaciones involucren jurisdicciones muy laxas en cuanto a la adopción de medidas

188 Cfr. PALPACUER, J. y AOUIZERAT, B., "Anti-Cyber Laundering: The Inclusion of Virtual Asset Service Providers", *Op. cit.*, p. 263.

189 *Ibidem.*

190 Vid. FATF, *12-month Review Virtual Assets and VASPs*, Paris, 2020, pp. 1-26.

191 Cfr. PAESANO, F., "Following the Virtual Money: Investigating Crypto-Based Money Laundering and Confiscating Virtual Assets", *Op. cit.*, p. 129.

192 *Ibidem.*

193 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti- Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 197.

194 Vid. FATF, *Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets*, Paris, 2020, pp. 1-24.

195 Cfr. PALPACUER, J. y AOUIZERAT, B., "Anti-Cyber Laundering: The Inclusion of Virtual Asset Service Providers", *Op. cit.*, p. 266.

de PBC/FT; 3. Que el patrón de transacciones resulte irregular o inhabitual; 4. La regularidad anormal de las transacciones sin responder a un modelo de negocio concreto; y 5. Que la cantidad de las transacciones resulte excesivamente elevada.

En julio de 2021 el GAFI publicó la segunda evaluación de 12 meses sobre la implementación de sus estándares sobre AV y PSAV[196]. En ella se confirman las principales tendencias en la comisión del blanqueo de capitales detectadas en el primer informe de 2020, reconociéndose que la instrumentalización delictiva de los AV todavía no supera a los productos financieros más tradicionales. No obstante, el GAFI alerta de la proliferación de casos en los que los *mixing services* desarrollan un papel esencial en la fase de estratificación del blanqueo de capitales. El incremento de AV recaudados a partir de actividades de *ransomware* se vio motivado por el confinamiento a causa de la COVID-19. El GAFI indica que las ganancias obtenidas por actos de *ransomware*, estafas en los mercados de la *Dark Web* y hackeos son objeto de criptoblanqueo posterior, ya que los fondos ilícitos se mueven a través de *unhosted wallets* o se intercambian por *privacy coins*, hasta convertirse en otros AV o dinero fiat.

Tras la segunda revisión de 12 meses el GAFI publicó en octubre de 2021 la "Guía actualizada para un enfoque basado en el riesgo de los AV y PSAV"[197], con el fin de auxiliar a los países en la aplicación de los requisitos demandados por la NIR n.º 15. En esta segunda versión de la guía publicada en 2019 se incluyó como una de las principales novedades la ampliación de las definiciones de AV y PSAV a efectos de incluir las *stablecoins* y sus órganos de gobierno. En particular, el GAFI señala que las personas físicas o jurídicas que establecen las normas de funcionamiento de las *stablecoins* o que poseen las funciones de estabilización pueden ser considerados como PSAV debido a la transcendencia de sus funciones en el funcionamiento de las *stablecoins*[198].

Otro de los puntos objeto de actualización en 2021 fue la sección relativa a la autorización y registro de los PSAV. La principal novedad consiste en exigir tales condicionantes a las personas físicas en las jurisdicciones en que tengan situado su centro de actividad[199]. No obstante, aquí se genera una cierta indeterminación ya que cada estado puede tener en cuenta un criterio concreto para determinar el centro de actividad de un PSAV persona física[200]. El centro de actividad puede venir dado por la

196 Vid. FATF, *Second 12-month Review Virtual Assets and VASPs*, Paris, 2021, pp. 1-46.

197 Vid. FATF, *Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, Paris, 2021, p. 1-111.

198 Cfr. DE KOKER, L. et al., "Where's Wally? FATF, Virtual Asset Service Providers, and the Regulatory Jurisdictional Challenge", *Op. cit.*, p. 161.

199 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 206.

200 Cfr. DE KOKER, L. et al., "Where's Wally? FATF, Virtual Asset Service Providers, and the Regulatory Jurisdictional Challenge", *Op. cit.*, p. 163.

ubicación principal en la que se desarrolla la actividad[201]. También puede fijarse a partir del lugar en el que se realiza la llevanza de los libros y registros[202]; sin embargo, esta pauta resulta discutible en la era digital actual, pues los libros y registros pueden permanecer en un servidor de la nube y trasladarse rápidamente a otra jurisdicción, imposibilitándose así un control idóneo por las autoridades nacionales[203]. Y el tercer criterio es el lugar de residencia de la persona física, que puede tomarse en cuenta ante la falta de un lugar de actividad[204].

En esta nueva actualización se hace especial mención de la aplicación de las medidas de DDC en relación con operaciones basadas en AV, al igual que se ahonda en la necesidad de que los PSAV cumplan con los requisitos en materia de notificación de transacciones sospechosas[205]. Respecto al primer punto se establece que los PSAV deben instaurar procedimientos eficaces para verificar la identidad del cliente en el momento de establecerse relaciones comerciales, con independencia de la cuantía, así como en todos los casos en los que haya dudas acerca de la veracidad de los datos obtenidos. Y, en punto a la notificación de operaciones sospechosas a las UIF, el GAFI indica que cualquier PSAV, al margen de la jurisdicción en la que opere, resulta obligada a notificar transacciones sospechosas, ya bien se traten de operaciones fiat a fiat, virtual a virtual, fiat a virtual o virtual a fiat[206].

La nueva Guía de 2021 destaca asimismo por dar entrada a una nueva sección en la que se contemplan los principios de intercambio de información y cooperación entre los supervisores de PSAV. Tales disposiciones abordan aspectos concretos de la cooperación entre los supervisores de PSAV: 1. Acuse de recibo de la información solicitada, 2. Mantenimiento de una base de datos segura, 3. Respuesta a peticiones de información y 4. Facilitación de redes de cooperación multilaterales. El elemento que caracteriza a estos principios consiste en la proactividad sobre la que se configura el intercambio de información y cooperación entre supervisores nacionales.

En junio de 2022 el GAFI ha publicado una nueva actualización acerca de la implementación de sus normas sobre AV y PSAV en cada jurisdicción nacional[207]. Como principal novedad del documento destaca la advertencia que el GAFI realiza a los

---

201 Cfr. COVOLO, V., "The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive", *Op. cit.*, p. 249.

202 *Ibidem.*

203 Cfr. DE KOKER, L. et al., "Where's Wally? FATF, Virtual Asset Service Providers, and the Regulatory Jurisdictional Challenge", *Op. cit.*, p. 163.

204 Cfr. COVOLO, V., "The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive", *Op. cit.*, p. 249.

205 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 207.

206 *Ibidem.*

207 Vid. FATF, *Targeted Update on Implementation of the FATF Standards on Virtual Assets/VASPs*, Paris, 2022, pp. 1-22.

estados miembros acerca de la necesidad de controlar el desarrollo del ecosistema de las *DeFi*. Como señala BENSON et al.[208], se trata de un régimen cerrado alejado del campo de las finanzas tradicionales con intermediarios, que se caracteriza por el hecho de que los participantes interactúan directamente entre sí. A ello se une un claro anonimato de las transacciones que impide el bloqueo de cuentas en cuanto se desconoce quién es el receptor de los fondos sospechosos[209].

El GAFI volvió a publicar en junio de 2023 una nueva evaluación relativa a la aplicación de sus estándares normativos sobre AV y PSAV en cada una de las jurisdicciones nacionales[210]. En este texto subraya, entre otros aspectos, la irregular y escasa aplicación de las medidas de registro y autorización para los PSAV en los distintos países y advierte de los negativos efectos de tal déficit en cuanto se acrecienta con ello el riesgo de blanqueo de capitales. En particular, se indica que casi un tercio (45 de 151) de las jurisdicciones aún no se pronunciaron respecto a la admisión o no de las operaciones con AV y cómo debe desarrollarse el ejercicio de las actividades por parte de los PSAV. Asimismo, como dato complementario se pone de relieve que, entre el número de jurisdicciones que sí regulan las actividades de los PSAV, únicamente 24 estados satisfacen plenamente los requisitos de la Recomendación n.º 15 y la NIR.15.

El GAFI advierte que la actividad de entidades sin licencia o no registradas en países que carecen de sistemas de autorización implica un mayor riesgo de blanqueo de capitales por no hallarse sujetas tales personas físicas o jurídicas a medidas de supervisión. En tales circunstancias, los PSAV son potencialmente idóneos para el delito, al mismo tiempo que la falta de adopción de medidas de PBC/FT por aquellos dificulta la posterior labor de las fuerzas de seguridad[211]. Además, la cooperación entre PSAV se resquebraja ante la existencia de entidades no autorizadas, ya que las que sí cumplan con el requisito del registro tendrán mayores dificultades para obtener y verificar información. Todo ello se traduce pues, a juicio del GAFI, en una clara reducción del éxito de las políticas de prevención configuradas a partir de un EBR.

El documento de 2023 también recoge el *sunrise problem* como uno de los principales retos para conseguir una política eficaz contra el criptoblanqueo. La desigual implementación de la *travel rule* aplicable a las transacciones mediante AV, sobre todo en lo que se refiere a la información que los PSAV deben recopilar sobre los datos del beneficiario, dificulta un seguimiento pleno de las normas del GAFI, por más que estas sean flexibles y susceptibles de aproximaciones en la práctica. El propio GAFI reconoce que no es realista una armonización plena de las normativas nacionales al

208 Cfr. BENSON, V. et al., "Harmonising cryptocurrency regulation in Europe: opportunities for preventing illicit transactions", *Op. cit.*, p. 52.

209 *Ibidem.*

210 Vid. FATF, *Targeted Update on Implementation of the FATF Standards on Virtual Assets/VASPs*, Paris, 2023, pp. 1-42.

211 Cfr. NAZZARI, M., "From payday to payoff: Exploring the money laundering strategies of cybercriminals", *Trends in Organized Crim*e, 1, 2023, p. 13.

respecto, pues cada una se articula a partir de un EBR. Por ello, se limita a pedir a los estados miembros el cumplimiento del marco de mínimos aprobado y, cuando resulte posible, una armonización legislativa de los regímenes de PBC/FT.

El GAFI indica que únicamente la mitad de las jurisdicciones que han adoptado las medidas necesarias para la aplicación de la *travel rule* establece que los PSAV nacionales operarán únicamente con contrapartes sujetas a regulación y a la aplicación de la *travel rule*. Ello supone que una gran parte de jurisdicciones nacionales permiten a sus PSAV realizar transacciones con cualquier otra entidad extranjera, por más que no se hallen sujetas a un sistema de registro, así como tampoco deban cumplir con la *travel rule*. Todo ello deriva en una situación en la que el GAFI destina últimamente gran parte de sus esfuerzos a promocionar la acogida de la Recomendación n.º 15 por las jurisdicciones nacionales, en cuanto estima que solo un seguimiento pleno de la *travel rule* mitigará los riesgos efectivos de blanqueo de capitales.

Otro de los aspectos recogidos por el GAFI en el 2023 se refiere a la escasa regulación de los *unhosted wallets* y las transacciones P2P. El déficit se extiende también a la evaluación de riesgos, pues la mayoría de los países encuestados no llevaron a cabo dicho extremo que, a su vez, se convierte en una tarea compleja ante la falta de datos sobre el tamaño del ecosistema P2P y el volumen global de transacciones ilícitas. A pesar de que las transacciones entre pares quedan fuera del ámbito de aplicación de los estándares normativos del GAFI, este último remite a la guía de 2021 que contempla distintos enfoques que las jurisdicciones nacionales pueden adoptar en relación con tales plataformas: 1. Mejora de las métricas del mercado de transacciones P2P; 2. Empleo de herramientas de análisis de la cadena de bloques; o 3. Exigencia de políticas adicionales a los PSAV que permiten transacciones hacia o desde entidades no obligadas.

Finalmente, en julio de 2024 se ha publicado la última evaluación sobre la aplicación de la Recomendación n.º 15 y la NIR n.º 15[212]. Uno de los aspectos destacados es la comprobación de un avance por parte de las jurisdicciones nacionales en la concesión de licencias o números de registro de PSAV. A este respecto se indica que 82 de 94 países, sin contar a las jurisdicciones que prohíben o se hallan próximas a la prohibición de los PSAV, han incorporado la exigencia de licencia o registro para operar como entidad proveedora de servicios relacionados con AV. En concreto, se pone de relieve que hasta 69 de esas 82 jurisdicciones han comunicado la autorización o registro previo de PSAV. El GAFI valora estas cifras como un avance respecto a la situación de 2023, en el que solo 60 de 135 jurisdicciones comunicaron la emisión de licencia o registro para PSAV.

El GAFI recoge como contrapartida a los datos anteriores la insuficiente adaptación de las legislaciones nacionales para garantizar una aplicación efectiva de la *travel rule*. Se indica que casi un tercio de los países todavía no adaptaron sus marcos jurídicos a

212 Vid. FATF, *Targeted Update on Implementation of the FATF Standards on Virtual Assets/VASPs*, Paris, 2024, pp. 1-36.

lo estipulado en las Recomendaciones, a lo que se añade que hasta 58 jurisdicciones no completaron la encuesta del GAFI. Esta falta de colaboración se interpreta por la propia organización como un presumible incumplimiento por los estados de la adopción de las medidas para una aplicación efectiva de la *travel rule*. Además, el GAFI subraya que a pesar de que una parte de las legislaciones nacionales hayan dado entrada a la *travel rule* en operaciones con AV, existe un déficit de control sobre la aplicación de aquella, ya que solo 17 de 65 jurisdicciones nacionales supervisan la adopción por parte de los PSAV.

La última de las secciones de la evaluación publicada en 2024 hace referencia a los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo relacionados con las *stablecoins*, las *DeFi*, los *unhosted wallets* y las transacciones P2P. Respecto a cada una de ellas el GAFI pone de manifiesto lo siguiente.

En punto a las *stablecoins* configura a *Tether* como la opción preeminente para la comisión de actividades ilícitas. No obstante, el GAFI indica que la aparición de otras *stablecoins* supone una amplificación de los riesgos de blanqueo de capitales ya que aquellas, almacenadas en *unhosted wallets*, pueden destinarse al pago de bienes o servicios sin conversión a moneda fiduciaria.

Los intercambios *DeFi*, si bien resultan de menor atención por parte de las investigaciones científicas, constituyen otro método criminal de especial transcendencia práctica en cuanto eliminan a todo tipo de intermediarios. Las transferencias de dinero se realizan entre pares mediante contratos inteligentes autoejecutables. Estas notas atribuyen a las *DeFi* las características de anonimato, automatización y ausencia de intermediarios, en base a lo cual se afirma la dificultad para su regulación[213]. El GAFI señala que entre las 80 jurisdicciones que han aprobado legislación para aplicar la *travel rule* a los PSAV, hasta 41 de ellas no aplican su marco a las *DeFi*; a su vez, únicamente 18 de las 41 jurisdicciones adoptan medidas para combatir los riesgos en dicho ámbito.

Al igual que en 2023, el GAFI señala una falta de evaluación de los riesgos de blanqueo de capitales relacionados con *unhosted wallets* y transacciones P2P. Entre las 80 jurisdicciones que han aprobado medidas legales para la aplicación de la *travel rule* a los PSAV, únicamente 12 de ellas desarrollan una serie de trabajos para la recopilación y la evaluación de métricas del mercado P2P con la finalidad de evaluar los riesgos de BC/FT. A estos efectos el GAFI recoge algunas medidas que ciertas jurisdicciones exigen a los PSAV para mitigar los riesgos de BC/FT: 1. Exigencia de herramientas de análisis de la cadena de bloques; 2. Permiso exclusivo para emitir transferencias a unhosted wallets controlados por el originador; 3. Aplicación similar de la *travel rule* a las transacciones PSAV-unhosted wallets; y 4. Adopción de una diligencia debida mejorada.

213 Cfr. BENSON, V. et al., "Harmonising cryptocurrency regulation in Europe: opportunities for preventing illicit transactions", *Op. cit.*, p. 52.

7.2. Valoración de la actividad del GAFI: balance positivo, pero con deficiencias

La interconexión entre los criptoactivos y el sector financiero tradicional requiere de soluciones normativas que eviten la consolidación de los primeros como instrumentos óptimos para la comisión de delitos como el blanqueo de capitales. La existencia de riesgos no justifica *per se* una política de represión contra los criptoactivos, por lo que el GAFI trata acertadamente de promover la innovación financiera, diseñar un marco de evaluación de riesgos ante ciertas notas técnicas de los criptoactivos como la descentralización o el pseudoanonimato, así como instaurar un régimen legal armonizado que dote a las jurisdicciones de las herramientas básicas frente al criptoblanqueo. Como punto de partida se atribuye pues un balance positivo a la actividad del GAFI, en cuanto da respuesta a los nuevos métodos utilizados para actos de criptoblanqueo como, por ejemplo, el *chain hopping*, el uso de *privacy coins* y el recurso a *mixing services* disponibles en la *Dark Web* que permiten una anonimización plena de las transacciones[214].

Las sucesivas reformas de las directrices del GAFI se estiman positivas por el hecho de que han permitido alcanzar las siguientes dos metas. De un lado, la determinación clara de la naturaleza de los criptoactivos, con la finalidad de aportar una seguridad jurídica que fomente el desarrollo del criptomercado y elimine actitudes cautelosas por parte de los inversores[215]. Y, de otro lado, una convergencia normativa en la regulación del ecosistema cripto que impida el *forum shopping* por parte de los delincuentes[216]. A la consecución de ambos extremos obedece tanto la reforma de la Recomendación n.º 15 en octubre de 2018 como la publicación de la NIR n.º 15 en junio de 2019, que constituyen las dos principales novedades a través de las que se instaura un enfoque global tendente a mitigar los riesgos de criptoblanqueo.

El establecimiento de medidas de registro y licencia para los PSAV es otro de los puntos fuertes de la política preventiva diseñada por el GAFI frente al criptoblanqueo y que, en términos generales, ha dado lugar a un resultado satisfactorio. Con la introducción de esta medida corresponde a los estados conceder licencias o requerir el registro de los PSAV, por lo que se consigue que las jurisdicciones nacionales desarrollen en todo caso un papel proactivo en la PBC/FT. La ausencia del cumplimiento de tales condiciones previas a la actividad debe suponer en todo caso, como reclama el GAFI, la exclusión del mercado de servicios de todas las personas o entidades que operen sin una identificación y aprobación de su estructura por las autoridades nacionales. Ello además deberá acompañarse de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias.

---

214 Cfr. PAVLIDIS, G., "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Op. cit.*, p. 6.

215 Cfr. BENSON, V. et al., "Harmonising cryptocurrency regulation in Europe: opportunities for preventing illicit transactions", *Op. cit.*, p. 46.

216 Cfr. KOUTSOUPIA, V., "Challenges of the Use of Virtual Assets in Money Laundering", *Op. cit.*, p. 73.

La extensión de la *travel rule* a las transacciones criptográficas se considera como otro de los aciertos en la evolución de la normativa contra el criptoblanqueo elaborada por el GAFI. Esta valoración se sustenta en que la aplicación de dicha medida permite combatir el anonimato y la falta de transparencia que se asocian con el ecosistema cripto[217]. No obstante, la virtualidad de esta política carece de eficacia por los frecuentes retrasos en su adopción y cumplimiento. Esta situación negativa, conocida como *sunrise problem*, no resulta desconocida por el GAFI, pues se traduce en un freno a la colaboración en la prevención del criptoblanqueo que deben realizar los PSAV ordenantes y beneficiarios. La *travel rule* supone que las entidades que prestan servicios con criptoactivos deben recopilar información sobre sus clientes, así como conservar y compartir aquella con las autoridades. Sin embargo, estos extremos son difíciles de conseguir por la deficitaria implementación de la travel rule en las jurisdicciones nacionales.

A pesar del balance positivo que se ha realizado sobre la actuación desarrollada por el GAFI contra el criptoblanqueo, el régimen establecido por la citada organización internacional presenta dos grandes deficiencias que lastran el alcance de sus pretensiones.

La primera es la falta de atención a la tecnología operativa en que se fundamentan los criptoactivos. Los esfuerzos normativos del GAFI se concentran en torno a las personas físicas o jurídicas que, en calidad de negocios, utilizan las tecnologías emergentes para prestar servicios relacionados con los criptoactivos. Sin embargo, una plena equiparación de estos últimos con las instituciones financieras tradicionales y la imposición de las mismas obligaciones preventivas en punto al blanqueo de capitales supone no tener en cuenta las particularidades tecnológicas en que se basan los productos criptográficos, especialmente en punto a la TRD. De acuerdo pues con RISTIC[218], el enfoque basado en intermediarios tendría que complementarse con la promoción de un sistema tendente al análisis de la cadena de bloques, ya que con ello se lograría salvar las limitaciones del tratamiento y permitiría disponer de una herramienta preventiva frente al criptoblanqueo.

El segundo de los déficits en la normativa del GAFI es el insuficiente tratamiento de los riesgos de blanqueo de capitales relacionados con las transacciones P2P. El enfoque adoptado en la lucha contra el criptoblanqueo tiene como punto débil la falta de previsión de que, por ejemplo, los usuarios de criptomonedas pueden realizar transacciones P2P u operaciones OTC, "eludiendo así todo el alcance de las medidas KYC"[219] que se imponen a los PSAV. Este extremo diluye la eficacia de la política de prevención de criptoblanqueo instaurada por el GAFI que, si bien reconoce

217 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", *Op. cit.*, p. 135.

218 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", *Op. cit.*, p. 135.

219 *Ibidem*.

mismamente el crecimiento de las operaciones sobre bases desintermediadas, se limita sin embargo a sugerir a las jurisdicciones nacionales que traten de supervisar este ámbito y recopilen el mayor conjunto de datos a efectos de mitigar los riesgos existentes.

8. LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS DEL GAFI EN ESTADOS UNIDOS Y LA UE

La normativa del GAFI frente al criptoblanqueo ha tenido una repercusión relevante en primer lugar en los Estados Unidos. La Oficina de Control de Delitos Financieros (en adelante, FinCEN, como acrónimo de *Financial Crimes Enforcement Network*), publicó el 9 de mayo de 2019 el documento "Application of FinCEN's Regulations to Certain Business Models Involving Convertible Virtual Currencies", complementado con el texto "Advisory on Illicit Activity Involving Convertible Virtual Currency". En ambos se enuncia que las monedas virtuales convertibles constituyen alternativas a los sistemas tradicionales de pago y transmisión de dinero, al igual que están siendo explotadas para un uso criminal. Ello se debe a la naturaleza global, transparencia limitada y velocidad de las transacciones, a lo que se une el desarrollo de nuevos tipos de monedas virtuales con protocolos de anonimato mejorado. Por estas razones, FinCEN puso el foco en la necesidad de las entidades que prestan servicios de monedas virtuales mantengan registros actualizados y cumplan con la obligación de presentar regularmente informes.

A las anteriores declaraciones contenidas en los textos *supra* se añade, como señala GIBBS[220], la propuesta de 27 de octubre de 2020 realizada por FinCEN para el establecimiento de nuevos requisitos en punto al mantenimiento de registros y a la aplicación de normas de viaje. El cambio principal consiste en la reducción del umbral desde los 3.000 USD fijados por la *Bank Secrecy Act* (en adelante, BSA) hasta los 250 USD para las transacciones internacionales, aplicándose ello también a monedas virtuales convertibles y otros activos digitales con estatus de moneda de curso legal (en adelante, LTDA). Otra nueva propuesta de 23 de diciembre de 2020 impone nuevos requisitos para bancos y empresas de servicios monetarios con el fin de que recopilen información sobre los intervinientes en las transacciones con monedas virtuales convertibles o LTDA superiores a 10.000 USD, o que entre ambas superen esta cuantía, e impliquen *unhosted wallets* o monederos alojados en jurisdicciones previamente identificadas por FinCEN.

Los anteriores cambios propuestos se acompañaron de dos nuevas leyes a partir del 1 de enero de 2021[221]. En primer lugar, una nueva Ley de Transparencia Corporativa,

220 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 218.

221 Cfr. HOSSAIN, M. B., "Acquiring an awareness of the latest regulatory developments

que responde a las declaraciones constantes formuladas por el GAFI en punto a que la creación de estructuras corporativas sin identificación de los beneficiarios reales se trata de un vehículo claro para la comisión de actos de blanqueo de capitales. Y, en segundo lugar, una nueva Ley contra el Blanqueo de Capitales (en adelante, AMLA), que forma parte de la Ley de Autorización de Defensa Nacional. Esta novedad formaliza diversas cuestiones que FinCEN venía poniendo de manifiesto anteriormente y refuerza el poder de este organismo sobre los activos digitales, al igual que impone el registro de intercambios y la aplicación de requisitos de información. La nueva AMLA modifica la BSA e incluye la expresión *"*valor que sustituye a la moneda*"*, en aras de incluir en el concepto de instituciones financieras y transmisores de dinero a los negocios relacionados con moneda virtual y activos digitales.

En el ámbito comunitario europeo el criptoblanqueo se aborda especialmente en la Directiva 2018/843, de 30 de mayo, cuyas disposiciones sobre monedas virtuales pretenden obtener la máxima información con el fin de vincular las claves públicas de los participantes en la red con las concretas identidades personales que se esconden tras ellas[222]. La aprobación de la citada directiva obedece a la actividad desarrollada por el GAFI, que ha coadyuvado a que la UE reaccionase normativamente frente a la realidad del criptoblanqueo. Ello se estima pues como un aspecto positivo, por más que la actuación de la UE se haya retrasado en el tiempo[223]; en este sentido, la ABE[224] venía alertando desde años atrás de los riesgos de blanqueo de capitales que se derivaban de la falta de regulación de las monedas virtuales.

A través de la Directiva 2018/843, de 30 de mayo, se incorporaron diversas novedades entre las que destaca, en primer lugar, la determinación como sujetos obligados de los proveedores de servicios de cambio de moneda fiduciaria por moneda virtual y los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos[225], de modo que deban cumplir con normas de DDC y una serie de obligaciones de información[226]. En el Considerando 8 del Preámbulo de la norma se indica que la no inclusión de los *exchanges* entre los sujetos obligados permite a los grupos terroristas utilizar las monedas virtuales para ingresar dinero ilícito en los cauces financieros de la UE. Esta tesitura sirvió pues para justificar la adición de las plataformas de intercambio como nuevos sujetos obligados, a lo que se añade la concepción de los *exchanges* como método elemental para la conversión de dinero ilícito en criptomonedas.

---

concerning digital assets and anti-money laundering*"*, *Op. cit.*, p. 1264.

222 Cfr. WRONKA, C., *"*Money laundering through cryptocurrencies-analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures*"*, *Op. cit.*, p. 88.

223 Cfr. GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", *Op. cit.*, p. 213.

224 Vid. ABE, *Opinion on Virtual Currencies*, Londres, 2014, pp. 1-46.

225 Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., "Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero", *Op. cit.*, p. 14

226 Cfr. COVOLO, V., "The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive", *Op. cit.*, p. 235.

Junto a las plataformas de intercambio, otros nuevos sujetos obligados conforme a la Directiva 2018/843, de 30 de mayo, han sido los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos. Las entidades que prestan tales servicios salvaguardan las claves privadas de sus clientes para mantener, almacenar y transferir criptomonedas. El recurso a estas entidades se trata de una de las opciones que los usuarios de criptomonedas pueden utilizar para almacenar su clave privada. Al igual pues que a los *exchanges*, la directiva asegura la imposición de obligaciones de identificación y verificación de la identidad del cliente y del beneficiario, la naturaleza y propósito de la relación comercial, así como un deber general de cooperación con las autoridades, en aras de que las UIF puedan controlar las operaciones con monedas virtuales e identificar a los titulares de las criptocarteras[227].

Las novedades expuestas se acompañan de la inclusión de la obligación de que los estados miembros impongan un sistema de registro para los nuevos sujetos obligados. La finalidad de esta medida radica en que las autoridades nacionales puedan evaluar las actividades de los sujetos obligados, los mecanismos incorporados por estos para hacer frente a los riesgos a los que se hallan expuestos y la forma de reacción ante ellos[228]. En línea con las directrices de GAFI, la información proporcionada en el registro permite evaluar que las funciones de dirección de las entidades se llevan a cabo por personas idóneas, lo cual debe entenderse con el intento de evitar que un delincuente financiero asuma funciones de control en las entidades.

De lo he expuesto hasta aquí se puede ver que en la Directiva 2018/843, de 30 de mayo, se adoptó la terminología de monedas virtuales, definidas como representaciones digitales de valor, no emitidas ni garantizadas por bancos centrales autoridades, no vinculadas necesariamente a monedas legalmente establecidas, sin estatus de moneda o dinero legal, pero aceptadas por personas físicas o jurídicas como medio de intercambio y que pueden ser transferida, almacenada y negociada electrónicamente[229]. Esta definición supone la exclusión de las CBDC del concepto de monedas virtuales, así como también de los *tokens* de utilidad y de inversión/seguridad en la medida en que el requisito de aceptación por personas físicas o jurídicas como medio de intercambio alude, inequívocamente, a los *tokens* de tipo pago.

La regulación ofrecida en la Directiva 2018/843, de 30 de mayo, se estima en todo caso insuficiente y poco exhaustiva para combatir el fenómeno del criptoblanqueo. La relativa eficacia de las medidas adoptadas se reconoce mismamente en el Considerando 9 de la norma comunitaria, en el que se señala que los usuarios podrán realizar transacciones al margen de los nuevos sujetos obligados[230]. A ello se

227 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti- Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 205.

228 *Ibidem*.

229 Cfr, art. 1.2 letra d) de la Directiva 2018/843, de 30 de mayo.

230 Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., "Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero", *Op. cit.*, p. 28.

añade que la UE centra su atención en las plataformas de intercambio entre monedas fiduciaria y monedas virtuales por concebirse estas como el paso final en los esquemas de criptoblanqueo. No obstante, ello genera lagunas al dejar fuera a los servicios de intercambio de cripto a cripto[231] que, como anteriormente se expuso, ostentan una clara relevancia en la técnica del *chain hopping* predominante en la fase de estratificación del criptoblanqueo.

La Directiva 2018/843, de 30 de mayo, tampoco centra su atención en los *mixing services* (*tumblers*), que también ocupan un papel fundamental en la segunda fase del criproblanqueo[232]. En la misma medida, la norma comunitaria no hace referencia alguna a las plataformas P2P, que permiten la interacción entre usuarios de criptomonedas y el establecimiento de relaciones comerciales directamente entre sí. Las plataformas P2P se pueden dividir en centralizadas o descentralizadas y, en el caso de las primeras, si debiera haberse exigido la aplicación de los requisitos antiblanqueo mediante su inclusión en la lista de sujetos obligados, ya que el administrador de las plataformas P2P centralizadas ostenta la dirección de la plataforma, supervisa los procesos en curso, ofrece servicios de custodia y desarrolla la función de contacto y responsabilidad en la plataforma[233].

Finalmente, la Directiva 2018/843, de 30 de mayo, propone en el Considerando 9 la introducción de un sistema de registro para que los usuarios de criptomonedas realicen una autodeclaración voluntaria. Esta medida se estima poco efectiva en la medida en que una de las virtualidades de las criptomonedas radica precisamente en el pseudoanonimato que ofrecen a los usuarios. Tamaña característica resulta pues una de las principales atracciones, por lo que se estima que la medida propuesta carece de utilidad[234]. Únicamente podría servir de alternativa un registro obligatorio de usuarios en la medida en que ello permitiría, siguiendo a RISTIC[235], que las autoridades nacionales pudiesen recopilar e intercambiar información acerca de las personas usuarias de criptomonedas, combatiendo así en cierta medida el pseudoanonimato asociado a aquellas.

---

231 Cfr. COVOLO, V., "The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive", *Op. cit.*, p. 236.

232 Cfr. WRONKA, C., "Money laundering through cryptocurrencies-analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures", *Op. cit.*, p. 86.

233 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti-Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 206.

234 Cfr. COVOLO, V., "The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive", *Op. cit.*, p. 238.

235 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti- Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 201.

9. CONCLUSIONES

La proliferación de criptoactivos supone un "cambio de paradigma"[236] en el sector financiero y comercial en la medida en que aquellos permiten la realización de transacciones rápidas, seguras, sin límites fronterizos ni tampoco barreras de entrada, todo ello en un marco operativo y técnico común[237]. Por ello resulta necesario disipar la etiqueta delictiva que ampliamente se atribuye a los criptoactivos[238], aumentar la credibilidad de la población en aquellos y no "obstaculizar innecesariamente la diversidad y el cambio tecnológicos"[239]. La forma de alcanzar tales metas se vincula con el diseño de una regulación a conciencia del ecosistema cripto, ya que un tratamiento uniforme determinará el éxito de una nueva economía basada en productos criptográficos, al igual que contribuirá a que "el sector se convierta en una industria financiera madura"[240].

El diseño de un régimen de PBC/FT en relación con los criptoactivos se presenta como un reto complejo para las instancias internacionales, pero también como una tarea elemental ante el carácter transfronterizo de aquellos. Esta dimensión determina pues que la respuesta legal deba ser de carácter global. De acuerdo con PAVLIDIS[241], consideramos que corresponde al GAFI, como principal organización intergubernamental para la lucha contra el blanqueo de capitales, el diseño de las políticas que permitan vigilar los riesgos asociados a los criptoactivos, sin menoscabar el avance financiero que representan. La actuación del GAFI se estima crucial en la pretensión de dotar de legitimidad al ecosistema cripto e incrementar la confianza en él[242], si bien la eficacia de su respuesta se condiciona a una efectiva aplicación de las medidas publicadas a nivel nacional.

Para la consecución de los anteriores objetivos, el GAFI participa en los últimos años en los foros mundiales de máxima transcendencia política y económica, como los realizados en el seno del G20[243]. En las últimas cumbres se manifiesta como una

---

236 WRONKA, C., "Crypto-asset activities and markets in the European Union: issues, challenges and considerations for regulation, supervision and oversight", *Op. cit.*, p. 85.

237 *Ibidem*.

238 Cfr. RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti- Money Laundering Framework", *Op. cit.*, p. 215.

239 WRONKA, C., "Money laundering through cryptocurrencies - analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures", *Op. cit.*, p. 90.

240 WRONKA, C., "Crypto-asset activities and markets in the European Union: issues, challenges and considerations for regulation, supervision and oversight", *Op. cit.*, p. 86.

241 Cfr. PAVLIDIS, G., "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Op. cit.*, p. 3.

242 Cfr. KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", *Op. cit.*, p. 135.

243 Cfr. KOUTSOUPIA, V., "Challenges of the Use of Virtual Assets in Money Laundering", *Op. cit.*, p. 71.

constante que la aplicación de la innovación en el sector financiero reporta ventajas indiscutibles para la economía en general, si bien ello debe acompañarse de una atención a los riesgos que presentan los AV para la estabilidad financiera mundial[244]. A estos extremos responden las principales iniciativas adoptadas por el GAFI, debiéndose mencionar especialmente la modificación de la Recomendación n.º 15, la publicación de la NIR n.º 15 y la incorporación de los conceptos de AV y PSAV en el Glosario del GAFI. El G20 ha declarado expresamente su compromiso de acoger las novedades normativas realizadas por el GAFI, hasta el punto de calificarlas como avance transcendental[245].

La principal virtualidad de las disposiciones sobre AV y PSAV elaboradas por el GAFI radica en que son objeto de continuo examen en las rondas de evaluaciones mutuas. Este extremo determina, al igual que sucede en general con el conjunto de estándares normativos confeccionados por la citada organización intergubernamental, una amplia acogida por los estados en términos generales, a pesar de constituir normas pertenecientes a la categoría de *soft law*. El éxito del GAFI en el cumplimiento de sus directrices a través de la inclusión de los países no cooperantes en las listas negras/grises refuerza la definición de dicha organización como la mejor instancia para la elaboración de un marco jurídico base para la prevención del criptoblanqueo, pues aquel resulta luego seguido ampliamente por las iniciativas nacionales en la materia

10. BIBLIOGRAFÍA

ABE, *Opinion on Virtual Currencies, Londres*, 2014.

ABEL SOUTO, M., "La comisión del delito de blanqueo de dinero mediante las nuevas tecnologías y la internacionalización del Derecho penal", en *VIII Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, (coords. Abel Souto, M.; Lorenzo Salgado, J. M.; y Sánchez Stewart, N.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 1.ª ed., pp. 501-528.

ALMEIDA, H.; PINTO, P. y VILAS, A., "A review on cryptocurrency transaction methods for money laundering", en *Proceedings of the 5th International Conference on Finance, Economics, Management and IT Business*, (eds. Arami, M.; Baudier, P. y Chang, V.), Setúbal, Science and Technology Publications, 2023, 1.ª ed., pp. 114-121. https://doi.org/10.5220/0011993300003494

BENSON, V. et al., "Harmonising cryptocurrency regulation in Europe: opportunities for preventing illicit transactions", *European Journal of Law and Economics*, 57, 2024, pp. 37–61. https://doi.org/10.1007/s10657-024-09797-w

244 Cfr. PONAMORENKO, V. E., "International Organizations' Approaches to Digital Assets Legalization (Monetary Policy and AML/CFT)", *Op. cit.*, p. 120.

245 *Ibidem.*

BRAMESHUMMER, G. y EDELMANN, B., "Einführung, Krypto 1x1 für Strafrechtler", en *Finanzstrafrecht 2022: Virtuelle Währungen und Kryptoassets im Steuer(straf)recht und Strafrecht*, (eds. Leitner, R. y Brandl, R.), Viena, Linde Verlag, 2023, 1.ª ed., pp. 1-12

BRANDL, R. y BÜLTE, J., "Kryptowährungen/-assets-Geldwäsche und Terrorismusbekämpfung-Perspektive Sorgfaltsverpflichtete", en *Finanzstrafrecht 2022: Virtuelle Währungen und Kryptoassets im Steuer(straf) recht und Strafrecht*, (eds. Leitner, R. y Brandl, R.), Viena, Linde Verlag, 2023, 1.ª ed., pp. 105-123.

CALAFOS, M. W. y DIMITOGLOU, G., "Cyber Laundering: Money Laundering from Fiat Money to Cryptocurrency", en *Principles and Practice of Blockchains*, (eds. Daimi, K.; Dionysiou, I. y El Madhoun, N.), Cham, Springer, 2023, 1.ª ed., pp. 271-294. https://doi.org/10.1007/978-3-031-10507-4_12

CHASIN VELKES, G., "International Anti-Money Laundering Regulation of Virtual Currencies and Assets", *New York University Journal of International Law and Politics*, 52, 2020, pp. 875-905.

COVOLO, V., "The EU Response to Criminal Misuse of Cryptocurrencies: The Young, already Outdated 5th Anti-Money Laundering Directive", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 28(3), 2020, pp. 217-251. https://doi.org/10.1163/15718174-bja10003

DE KOKER, L. et al., "Where's Wally? FATF, Virtual Asset Service Providers, and the Regulatory Jurisdictional Challenge", en *Financial Technology and the Law*, (eds. Goldbarsht, D. y de Koker, L.), Cham, Springer, 2022, pp. 151-183. https://doi.org/10.1007/978-3-030-88036-1_7

DESMOND, D. B., LACEY, D. y SALMON, P., "Evaluating cryptocurrency laundering as a complex socio-technical system: A systematic literature review", *Journal of Money Laundering Control*, 22(3), 2019, pp. 480-497. https://doi.org/10.1108/JMLC-10-2018-0063.

Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE, DOUE, 156, 19 de junio de 2018.

DUPUIS, D. y GLEASON, K., "Money laundering with cryptocurrency: open doors and the regulatory dialectic", *Journal of Financial Crime*, 28(1), 2020, pp. 60-74. https://doi.org/10.1108/JFC-06-2020-0113

FATF, *12-month Review Virtual Assets and VASPs*, Paris, 2020. https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/12-month-review-virtual-assets-vasps.html

FATF, *FATF Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors on So-called Stablecoins*, Paris, 2020. https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Virtualassets/Report-g20-so-called-stablecoins-june-2020.html

FATF, *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, Paris, 2019. https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Guidance-rba-virtual-assets.html

FATF, *Guidance for a risk-based approach virtual currencies*, Paris, 2015. https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfgeneral/Guidance-rba-virtual-currencies.html

FATF, *Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets*, Paris, 2020. https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/Virtual-assets-red-flag-indicators.html

FATF, *Second 12-month Review Virtual Assets and VASPs*, Paris, 2021. https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Second-12-month-review-virtual-assets-vasps.html

FATF, *Targeted Update on Implementation of the FATF Standards on Virtual Assets/VASPs*, Paris, 2022. https://www.fatf-gafi.org/en/publications/fatfrecommendations/documents/targeted-update-virtual-assets-vasps.html

FATF, *Targeted Update on Implementation of the FATF Standards on Virtual Assets/VASPs*, Paris, 2023. https://www.fatf-gafi.org/content/fatf-gafi/en/publications/Fatfrecommendations/targeted-update-virtual-assets-vasps-2023.html

FATF, *Targeted Update on Implementation of the FATF Standards on Virtual Assets/VASPs*, Paris, 2024. https://www.fatf-gafi.org/content/fatf-gafi/en/publications/Fatfrecommendations/targeted-update-virtual-assets-vasps-2024.html

FATF, *Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, Paris, 2021. https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Guidance-rba-virtual-assets-2021.html

FATF, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, Paris, 2014. https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/Virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.html

FROMBERGER, M. y ZIMMERMANN, P., "Technische und wirtschaftliche Grundlagen", en *Rechtshandbuch Kryptowerte. Blockchain, Tokenisierung, Initial Coin Offerings*, (eds. Maume, P., Maute, L. y Fromberger, M.), Munich, Verlag C.H. Beck, 2020, 1.ª ed., pp. 1-64.

GIBBS, T., "Evolution of Legal and Regulatory Responses to Money Laundering Risks Related to Virtual Assets: The Examples of the European Union and the US", en *Cyber Laundering: International Policies and Practices*, (ed. Rébé, N.), Singapur, World Scientific Publishing, 2023, 1.ª ed., pp. 197-233. https://doi.org/10.1142/9781800612839_0008

HAFFKE, L., FROMBERGER, M. y ZIMMERMANN, P., "Cryptocurrencies and anti-money laundering: the shortcomings of the fifth AML Directive (EU) and how to address them", *Journal Bank Regulation*, 21, 2020, pp. 125–138. https://doi.org/10.1057/s41261-019-00101-4

HOSSAIN, M. B., "Acquiring an awareness of the latest regulatory developments concerning digital assets and anti-money laundering", *Journal of Money Laundering Control*, 26(6), 2023, pp. 1261-1268. https://doi.org/10.1108/JMLC-10-2022-0147

KAPSIS, I., "Crypto-assets and criminality. A critical review focusing on money laundering and terrorism financing", en *Organised Crime, Financial Crime and Criminal Justice*, (eds. Jasinski, D.; Phillips, A.; y Johnston E.), Londres, Routledge, 2023, 1.ª ed., pp. 122-141. https://doi.org/10.4324/9781003020813-8

KOUTSOUPIA, V., "Challenges of the Use of Virtual Assets in Money Laundering", *Nordic Journal of European Law*, 6(4), 2023, pp. 53-78. https://doi.org/10.36969/njel.v6i4.25919

MEIER, M., *Geldwäsche-Compliance für Kryptowerte, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft*, Jena, 1.ª ed., 2022.

MPF (Ministerio Público Fiscal de la Nación), *Guía práctica para la identificación, trazabilidad e incautación de criptoactivos. Consideraciones teórico-prácticas sobre activos virtuales basados en la tecnología de cadena de bloques y su investigación penal*, Buenos, Aires, 2023.

NAKAMOTO, S., *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008. https://bitcoin.org/en/bitcoin-paper

NAVARRO CARDOSO, F., "Criptomonedas (en especial, bitcóin) y blanqueo de dinero", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 21(14), 2019, pp. 1-45. http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-14.pdf

NAZZARI, M., "From payday to payoff: Exploring the money laundering strategies of cybercriminals", *Trends in Organized Crime*, 1, 2023, pp. 1-18. https://doi.org/10.1007/s12117-023-09505-1

PAESANO, F., "Following the Virtual Money: Investigating Crypto-Based Money Laundering and Confiscating Virtual Assets", en *Cryptocurrency Concepts, Technology, and Applications*, (ed. Liebowitz, J.), Londres, CRC Press, 2023, 1.ª ed., pp. 119-139.

PALPACUER, J. y AOUIZERAT, B., "Anti-Cyber Laundering: The Inclusion of Virtual Asset Service Providers", en *Cyber Laundering: International Policies and Practices*, (ed. Rébé, N.), Singapur, World Scientific Publishing, 2023, 1.ª ed., pp. 261-280. https://doi.org/10.1142/9781800612839_0010

PAVLIDIS, G., "International regulation of virtual assets under FATF's new standards", *Journal of Investment Compliance*, 21(1), 2020, pp. 1-8. https://doi.

org/10.1108/JOIC-08-2019-0051

PONAMORENKO, V. E., "International Organizations' Approaches to Digital Assets Legalization (Monetary Policy and AML/CFT)", en *Engineering Economics: Decisions and Solutions from Eurasian Perspective. Lecture Notes in Networks and Systems,* (eds. Ashmarina, S.; Mantulenko, V.; y Vochozka, M.), Cham, Springer, 2021, 1.ª ed., pp. 112-121. https://doi.org/10.1007/978-3-030-53277-2_13

RAYMAEKERS, W., "Cryptocurrency Bitcoin: Disruption, challenges and opportunities", *Journal of Payments Strategy & Systems*, 9(1), 2015, pp. 30-46.

Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937, DOUE, 150, 9 de junio de 2023.

RISTIC, P., "Cryptocurrency Money Laundering: A New Challenge for the European Anti- Money Laundering Framework", *ZEuS Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 24(2), 2023, pp. 189-218. https://doi.org/10.5771/1435-439X-2023-2-189

TROZZE, A., "Cryptocurrency Crime", en *Cryptocurrency Concepts, Technology, and Applications*, (ed. Liebowitz, J.), Londres, CRC Press, 2023, pp. 93-118

WANG, H-M. y HSIEH, M-L., "Cryptocurrency is new vogue: a reflection on money laundering prevention", *Security Journal*, 37, 2024, pp. 25–46. https://doi.org/10.1057/s41284-023-00366-5

WRONKA, C., "Crypto-asset activities and markets in the European Union: issues, challenges and considerations for regulation, supervision and oversight", *Journal of Banking Regulation*, 25(1), 2024, pp. 84–93. https://doi.org/10.1057/s41261-023-00217-8

WRONKA, C., "Money laundering through cryptocurrencies - analysis of the phenomenon and appropriate prevention measures", *Journal of Money Laundering Control*, 25(1), 2022, pp. 79-94. https://doi.org/10.1108/JMLC-02-2021-0017

WRONKA, C., «"Cyber-laundering": the change of money laundering in the digital age», *Journal of Money Laundering Control*, 25(2), 2022, pp. 330-344. https://doi.org/10.1108/JMLC-04-2021-0035

De la denuncia a la sentencia. La atrición en los delitos de violación en España desde la perspectiva del Derecho Procesal

From the report to the sentence. Attrition in Rape Crimes in Spain from the Perspective of Procedural Law

IRENE DE LAMO VELADO[1]

Profesora Sustituta de Derecho Procesal

Universidad de Granada (España)

irenedelamovelado@gmail.com

https://orcid.org/0000-0001-5980-0617

Resumen: Esta investigación analiza, desde una perspectiva empírica, los procesos penales por delitos de violación, en todas sus fases. El objetivo es abordar la tasa de desgaste procesal o atrición (attrition rate, en inglés) de los procesos penales por delitos de violación en España. La metodología combina el análisis de datos primarios y secundarios. Se examinan los datos oficiales publicados sobre delitos sexuales y los resultados de una investigación más amplia que consiste en el análisis cuantitativo y cualitativo de sentencias dictadas por delitos de violación en España en el periodo entre el 2000 y el 2019. Se identifica una elevada tasa de atrición. Es destacable la alta frecuencia de fallos condenatorios y la reducida proporción de procesos que superan la fase de instrucción. Se determina una tasa de enjuiciamiento inferior al 10% y una tasa de condena superior al 80%.

1 Ayuda para la formación de profesorado universitario concedida por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España (FPU18/01746). Premio de Investigación Pilar Azcárate en la categoría de Tesis Doctoral (2024), concedido por la Universidad Carlos III de Madrid. Premio Clara Campoamor (2023), concedido por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Recepción: 07/10/2024 Aceptación: 18/11/2024

Cómo citar este trabajo: DE LAMO VELADO, Irene, "De la denuncia a la sentencia. La atrición en los delitos de violación en España desde la perspectiva del Derecho Procesal", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 265-308, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.08

Abstract: *This paper aims to address the attrition rate of criminal proceedings for rape offenses in Spain. The methodology combines the analysis of primary and secondary data. Official published data on sexual offenses and the results of a broader research consisting of quantitative and qualitative analysis of sentences handed down for rape offenses in Spain in the period between 2000 and 2019 are examined. A high attrition rate is identified. The high frequency of convictions and the low trial rate is found. A trial rate of less than 10% and a conviction rate of over 80% were determined.*

Palabras clave: violación, estudio cuantitativo, casos judiciales, instrucción, fase de juicio.

Keywords*: rape, quantitative study, court cases, investigation, prosecution, trial stage.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Atrición o desgaste procesal en los delitos de violación. 1.2. La regulación del delito de violación en España. 1.3. Estadísticas de criminalidad sexual en España. 1.3.1. Encuestas de victimización. 1.3.2. Estadística policial. 1.3.3. Estadística judicial. 2. METODOLOGÍA. 2.1. Fase 1. Revisión de datos oficiales sobre violencia sexual. 2.2. Fase 2. Análisis cuantitativo de sentencias dictadas por delitos de violación. 3. RESULTADOS. 3.1. Cifra oculta de la violencia sexual. 3.2. Denuncias interpuestas por delito de violación ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 3.3. Procesos que superan la fase de instrucción y son enjuiciados. 3.4. Procesos que culminan con una sentencia condenatoria. 4. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Hasta finales del siglo XX, el feminismo liberal, tanto el ilustrado como el sufragista, concebía el Derecho como un sistema neutral que contenían ciertas disposiciones discriminatorias[2]. En las décadas de 1970 y 1980, diferentes juristas desarrollaron la Teoría Feminista del Derecho y cuestionaron la neutralidad de los ordenamientos jurídicos[3]. Autoras como MACKINNON, MATSUDA o SCALES defendieron que los sistemas legales están diseñados desde el androcentrismo[4]. La aplicación de la perspectiva de género en el estudio del Derecho ha desembocado en la detección de múltiples desigualdades. En este sentido, PERNAS sostiene que "la irrupción del feminismo como marco político y del género como categoría de análisis ha

2 FRIEDAN, B., *La mística de la feminidad*, Cátedra, 2018.

3 SMART, C., "La búsqueda de una teoría feminista del derecho", *Delito y sociedad*, vol. 11-12 1998, pp.105-124

4 MACKINNON, C., *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1989. ISBN 9780674896468; MATSUDA, M., "Looking to The Bottom: Critical Legal Studies and Reparations", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, núm. 22, 1987, pp. 323-399; SCALES, A., "Feminist Legal Method: Not So Scary", *UCLA Women's Law Journal*, vol. 2, núm. 0, 1992, pp. 1-35; THORNTON, M., "Feminist jurisprudence: illusion or reality? ", *Australian Journal of Law and Society*, vol. 35, 1986, pp. 29-35.

desplazado y perturbado profundamente algunas dimensiones y principios del derecho"[5]. Durante el siglo XX, los movimientos feministas han impulsado reformas legales como la regulación del divorcio, la legalización del aborto o la especial punición de la violencia de género[6]. El Derecho se ha expandido hasta regular la intimidad y se ha alcanzado cierto grado de igualdad en la legislación. La perspectiva de género en el estudio del Derecho, además de abordar la configuración de la legislación, también se ha centrado en la aplicación de las normas por los operadores jurídicos. Específicamente, en la detección de sesgos causados por estereotipos de género y las tasas de atrición (*attrition rates* en inglés), "esto es, por qué existiendo altas tasas de denuncia, el porcentaje de condenas es muy bajo o disminuye incluso a pesar de aumentar el número de denuncias"[7].

En España, la presencia de estereotipos de género en las sentencias de delitos sexuales es una línea de investigación emergente[8]. A nivel comparado, principalmente en el ámbito anglosajón, se ha estudiado de forma exhaustiva la existencia de mitos sobre violación en el en el razonamiento de los tribunales desde la década de los noventa del siglo XX hasta la actualidad[9].

---

5 PERNAS RIAÑO, B., "Legislar la intimidad, investigar el Derecho", En: DE LAMO, I. (ed.), *Lo personal es jurídico. Apuntes para pensar el Derecho desde la Teoría Feminista*, Atelier, Barcelona, 2023, pp.15-22.

6 DE LAMO, I., "La persistencia del patriarcado. Análisis sociolegal sobre la desinstitucionalización de la familia nuclear patriarcal y la evolución de la opresión de las mujeres en el siglo XXI", *IgualdadES*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 3(5), 2021, pp. 427-459; GAHETE MUÑOZ, S., "Las luchas feministas. Las principales campañas del movimiento feminista español (1976-1981)", *Investigaciones Feministas*, núm. 8(2), 2017, pp. 583-601.

7 LARRAURI, E., "¿Tienen género las garantías del proceso penal?", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2023, pp. iv-viii.

8 BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO, F., "Yo sí te creo. Estereotipos sexistas hacia las víctimas de agresión sexual. Un estudio de caso sobre la Audiencia Provincial de Baleares (2018)", *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 4, 2021, pp. 89–108; BARCONS CAMPMAJÓ, M. et al., Las Violencias sexuales en el estado español: marco jurídico y análisis jurisprudencial, 2018; BARONA VILAR, S., "Retrato de la Justicia desde el pensamiento dialógico feminista. ¿Por fin ruptura del petrificado discurso androcéntrico?", en BARONA VILAR., *Claves de la Justicia Penal. Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad y Seguridad*, Valencia, 1.ª ed. 2019; CAZORLA GONZÁLEZ, C., "Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencial", *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, núm. 6, 2021; DE LAMO, I., *La valoración de la declaración de la víctima como prueba de cargo. Un análisis empírico sobre los procesos penales por delitos de violación (2000-2019)*. Tesis doctoral defendida en la Universidad Carlos III de Madrid, 2023; TOLEDO VÁSQUEZ, P. y PINEDA LORENZO, M., *Abordatge Violencias Sexuals a Catalunya*, Creación Positiva, 2016.

9 CAMPLÁ, X., D*ecisiones judiciales sobre las agresiones sexuales contra mujeres: variables legales y extralegales*, Tesis doctoral, Universidade de Santiago de Compostela, 2020; FRANIUK, L. y ROBINSON, S., "The Effects of Victim and Perpetrator Characteristics on Ratings of Guilt in a Sexual Assault Case", *Violence Against Women*, núm. 26(6–7), 2020, pp. 614–635; SALANUEVA, O. y ZAIKOSKI, D., *Violencia sexual y discurso jurídico. Análisis de sentencias penales en casos de delitos contra la integridad sexual*, Editorial de la Universidad Nacional de La Pampa, 2015; TEMKIN y KRAHÉ, *Sexual assault and the justice gap: a question of attitude*, Hart Publishing, Oxford y Portland, Oregon, USA, 2008; TEMKIN, J., "Prosecuting and Defending Rape: Perspectives from the Bar", *Journal of Law and Society*, núm. 27(2), 2000, pp. 219–248.

El presente artículo se enmarca en esta línea de investigación, de forma específica, en la atrición (*attrition* en inglés) o desgaste procesal. El objetivo general es abordar la tasa de desgaste procesal de los delitos de violación en España.

El fenómeno de la atrición en los delitos de violación es crucial para comprender las dinámicas del Sistema Judicial, pero su estudio es aún más relevante si se aborda desde la perspectiva del Derecho Procesal. La complejidad del proceso penal, con sus múltiples fases, requiere una evaluación integral de cómo la atrición afecta a cada una de ellas. Cada fase del proceso presenta particularidades que inciden directamente en la posibilidad de que una denuncia avance. En este sentido, los objetivos específicos son (a) conocer la cifra oculta de los delitos sexuales, específicamente de los delitos de violación; (b) identificar el número de denuncias interpuestas por delito de violación; (c) analizar el porcentaje de procesos que superan la fase de instrucción y son enjuiciados; y (d) examinar el porcentaje de procesos que culminan con una sentencia condenatoria

1.1. Atrición o desgaste procesal en los delitos de violación

La atrición ha sido definida como el "abandono" (*drop out* en inglés), "pérdida" (*loss* en inglés) o "filtrado" (*filtering* out en inglés) de hechos denunciados en las diferentes fases del procedimiento penal[10]. La bibliografía española ha traducido este término como "abandono" o "desistimiento"[11] y también se ha adoptado el anglicismo *atrición*[12] . En la presente investigación se sugiere el término desgaste procesal. Esta propuesta de traducción alude precisamente a la pérdida de procesos en diferentes fases del procedimiento.

La atrición o desgaste procesal se operacionaliza a través de la tasa de atrición o de desgaste, que identifica el porcentaje de procesos que no superan una fase específica del procedimiento[13]. No debe ser confundida la "certeza de la condena"[14], que mide

10 HEISKANEN, M., VAN DER BRUGGE, W. y JEHLE, G., Aims of the project, En: HEISKANEN, M. et al. (eds), *Recording Community Sanctions and Measures and Assessing Attrition: A Methodological Study on Comparative Data in Europe*, HEUNI, Helsinki, 2014, pp. 15–22; JEHLE, J. M., "Attrition and conviction rates of sexual offences in Europe: Definitions and criminal justice responses", *European Journal of Crime Policy and Research*, núm. 18(1), 2012, pp. 145–161; LEA, S. J., LANVERS, U. y SHAW, S., "Attrition in rape cases: Developing a profile and identifying relevant factors", *British Journal of Criminology,* núm. 43(3), 2003, pp. 583–599.

11 LARRAURI, E., "Cinco reflexiones feministas en torno al proceso penal", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2022, pp.149-162.

12 BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO, F., "Impunidad ante las violencias sexuales: análisis sociológico desde un estudio de caso", en PASTOR GOSÁLBEZ, I. y TRUJILLO CRISTOFFANINI, M. (coords.), *La violencia contra las mujeres desde las ciencias sociales: análisis crítico y propuestas para su comprensión*, 2021, pp. 103-126.

13 CHOPIN, J. y AEBI, M., "The level of attrition in domestic violence: A valid indicator of the efficiency of a criminal justice system? ", *European Journal of Criminology*, núm. 17(3), 2020, pp. 269-287.

14 BLUMSTEIN, A., TONRY, M. y VAN NESS, A., "Cross-national measures of punitiveness", *Crime and Justice*, núm. 33(1), 2005, pp. 347–376.

la proporción de delitos que sí superan todas las etapas del procedimiento y culminan con sentencia condenatoria[15].

La atrición ha sido investigada intensamente en países anglosajones. Comprender estas investigaciones no es sencillo, debido a las diferentes definiciones empleadas y las variaciones contextuales de cada país[16]. La revisión de bibliografía permite identificar varios "filtros" dentro del desgaste procesal o atrición[17]. La denuncia es un primer "filtro", que se operacionaliza mediante la tasa de denuncia, que mide las violaciones reportadas ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La interposición de la denuncia produce la incoación del proceso.

En el procedimiento penal español, la fase intermedia representa un segundo "filtro". En este momento procesal, el o la Jueza de Instrucción dictan un auto de apertura de juicio oral si el proceso avanza hacia la fase de enjuiciamiento, o un auto de sobreseimiento, libre o provisional. Esta última decisión implica el archivo del caso, por ausencia de indicios de criminalidad en el hecho denunciado, por ausencia de indicios de la existencia del propio hecho, o por la imposibilidad de identificar al responsable de tales hechos. La tasa de enjuiciamiento determina el porcentaje de procesos que superan la fase de instrucción y serán juzgados.

El tercer "filtro" se encuentra en el sentido del fallo de la sentencia, condenatorio o absolutorio, que adopta el órgano jurisdiccional. Se mide mediante la tasa de condena, respecto al enjuiciamiento, que ofrece el porcentaje de procesos que culminan con una sentencia condenatoria. La tasa de condena también puede calcularse respecto a la denuncia del delito, que se denomina por algunos autores certeza de condena[18].

---

15 WALBY, S., ARMSTRONG, J. y STRID, S., "Developing measures of multiple forms of sexual violence and their contested treatment in the criminal justice system", En: BROWN, J. M. y WALKLATE, S. L. (eds), *Handbook on Sexual Violence*, Routledge, Londres, 2011, pp. 90–113.

16 LEA, S., LANVERS, U. Y SHAW, S., "Attrition in rape cases: Developing a profile and identifying relevant factors", *Op. cit.*

17 BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO F., "Impunidad ante las violencias sexuales: análisis sociológico desde un estudio de caso", *Op. cit.*; BLUMSTEIN, A., TONRY, M. y VAN NESS, A., "Cross-national measures of punitiveness", *Op. cit.*; CHOPIN, J. y AEBI, M., "The level of attrition in domestic violence: A valid indicator of the efficiency of a criminal justice system?", *Op. cit.*; DALY, K. y BOUHOURS, B., "Rape and attrition in the legal process: A comparative analysis of five countries", *Crime and Justice: A Review of Research*, núm. 39, 2010, pp. 565-650; HEISKANEN, M., VAN DER BRUGGE, W. y JEHLE, G., "Aims of the project", *Op. cit.*; JEHLE, J.-M., "Attrition and conviction rates of sexual offences in Europe: Definitions and criminal justice responses", *European Journal of Crime Policy and Research*, núm. 18(1), 2012, pp. 145–161; LEA, S. J., LANVERS, U. y SHAW, S., "Attrition in rape cases: Developing a profile and identifying relevant factors", *Op. cit.*; KELLY, L., LOVETT, J. y REGAN, L., *Gap or a Chasm?: Attrition in Reported Rape Cases*, Home Office Research Study 293, Home Office Research Development and Statistics Directorate, Londres, Reino Unido, 2005; LOVETT, J. y KELLY, L., *Different Systems, Similar Outcomes? Tracking Attrition in Reported Rape Cases in Eleven Countries*, London Metropolitan University, Londres, 2011; WALBY, S. ARMSTRONG, J. y STRID, S., "Developing measures of multiple forms of sexual violence and their contested treatment in the criminal justice system".

18 BLUMSTEIN, TONRY y VAN NESS, "Cross-national measures of punitiveness", *Op. cit.*

Tabla 1. Tasas para la medición de del fenómeno de la atrición

Medición de la atrición	**Fase del procedimiento penal**	**Definición**
Tasa de denuncia	Momento preprocesal	Mide los delitos reportados ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
Tasa de enjuiciamiento (*trial rate* en inglés)	Fase intermedia	Determina el porcentaje de procesos que superan la fase de instrucción y serán juzgados ante un tribunal
Tasa de condena respecto del enjuiciamiento (*conviction rate* en inglés)	Fase de enjuiciamiento	Calcula el porcentaje de procesos que culminan con una sentencia condenatoria
Tasa de condena respecto a todo el proceso (*conviction rate* en inglés)	Desde la incoación del proceso hasta la culminación de la fase de enjuiciamiento mediate la sentencia	Proporción de procesos que sí superan las diferentes etapas del procedimiento penal y culminan con sentencia condenatoria
Tasa de atrición o desgaste (global) (*attrition rate* en inglés)	Desde la incoación del proceso hasta la culminación de la fase de enjuiciamiento mediate la sentencia	Proporción de procesos que no superan alguna fase específica del procedimiento o culminan con sentencia absolutoria

Elaboración propia

En su meta revisión de literatura científica, DALY y BOUHOURS sintetizan más de noventa publicaciones sobre la atrición en procesos por delitos de violación en cinco países anglosajones[19]. Identificaron que las tasas medias de condena, respecto a la denuncia, oscilan entre un 20% y un 10%. Específicamente, han disminuido en las últimas tres décadas en Australia (17%-11,5%), Canadá (26,5%-14%) e Inglaterra y Gales (24%-10%). No en Estados Unidos (13%-14%) y Escocia (18%-17,5%), donde se mantuvieron en gran medida similares.

DALY y BOUHOURS identifican que la proporción de víctimas que denuncian a la policía varían entre un mínimo de un 6% (Canadá) y un máximo del 32% (EE.

19 DALY, K. y BOUHOURS, B., "Rape and attrition in the legal process: A comparative analysis of five countries", *Op. cit.*

UU)[20]. Si se excluye este último porcentaje, excepcionalmente alto, la tasa promedio de denuncia por parte de las víctimas es del 14 %. En los países analizados, los índices de denuncias varían entre 15-19% (Estados Unidos), 14-18% (Inglaterra y Gales), 12-20% (Australia), 6-19% (Canadá) y 12% (Nueva Zelanda). Las víctimas de violación no denunciaron los hechos por diversas razones, entre ellas, no reconocer el ataque como violación, temor a que no se les crea o se les culpe, desconfianza en la policía y el Sistema Judicial, miedo a represalias por parte del agresor o su entorno, y la dificultad emocional de denunciar a un familiar o expareja. La revisión de DALY y BOUHOURS[21] indica que tan solo los datos de Estados Unidos y del sur de Australia proveen información sobre la tasa de procesos que llegan a la fase de juicio oral (*trial rate* en inglés, que puede traducirse como "tasa de enjuiciamiento"). Un 8% de los delitos de violación denunciados en Estados Unidos culminan en esta fase y son enjuiciados. En el caso del sur de Australia este porcentaje es notablemente más elevado, asciende a un 32%. En cuanto a la tasa de condena (*conviction rape* en inglés), es más alta en Estados Unidos (67%) que en Australia del Sur, Canadá y Escocia, donde oscila entre el 47% y el 52%.

En el ámbito europeo son reseñables los resultados obtenidos por KELLY, LOVETT y REGAN en su informe *Gap or a Chasm?: Attrition in Reported Rape Cases*[22]. Este informe analiza dos Centros de Derivación de Asuntos de Agresión Sexual (*Sexual Assault Referral Centers* en inglés) en Reino Unido, un servicio de apoyo y tres centros donde no se ofrecen servicios especializados para víctimas de violación. Se halló que la gran mayoría de las denuncias por delitos de violación no avanzaron más allá de la etapa de investigación. Solo el 14% de los procesos alcanzaron la etapa de juicio y la tasa de condena para todas las denuncias fue del 8%. Se condenó a un 43% de los procesos que alcanzaron la fase de juicio oral.

La metodología de esta investigación fue replicada en varios países europeos, en un proyecto dirigido por LOVETT y KELLY[23]. El propósito era actualizar los datos estadísticos oficiales sobre la atrición en treinta países europeos, entre los que no se halla España, desde 1982 hasta 2008. Además, en esta investigación se realiza un seguimiento de cien procesos en once países europeos durante 2004, Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Portugal, Escocia, Suecia, Inglaterra y Gales.

En la primera parte de la investigación, que revisaba datos de treinta países, se concluye que la denuncia de delitos de violación ha incrementado y que los países con

20 DALY, K. y BOUHOURS, B., "Rape and attrition in the legal process: A comparative analysis of five countries", *Op. cit.*

21 DALY, K. y BOUHOURS, B., "Rape and attrition in the legal process: A comparative analysis of five countries", *Op. cit.*

22 KELLY, L., LOVETT, J. y REGAN, L., *Gap or a Chasm? Attrition in Reported Rape Cases*, *Op. cit.*

23 LOVETT, J. y KELLY, L., *Different Systems, Similar Outcomes? Tracking Attrition in Reported Rape Cases in Eleven Countries*, *Op. cit.*

baja denuncia de delitos sexuales se concentran en el sur y en el este de Europa[24]. Debido a las disparidades de la legislación procesal, específicamente en la fase de investigación del delito, no es posible comparar datos sobre los procesos que superan la investigación y finalmente son enjuiciados. Sí que se comparan datos sobre la condena. Establecen tres grupos de países, aquellos con una alta tasa de condena, entre un 85% y un 26% (Luxemburgo, Hungría, Lituania, Eslovenia, Letonia, Eslovaquia, Italia y República Checa). Países con una tasa media de condena, entre un 25% y un 12% (Francia, Dinamarca, Suiza, Austria, Chipre Finlandia, Grecia, Bélgica, Alemania y Portugal); y países con una baja tasa de condena, entre un 10% y un 3% (Suecia, Irlanda, Inglaterra y Gales, y Escocia).

Además, en la revisión de los datos estadísticos, LOVETT y KELLY establecen tres patrones de atrición o desgaste procesal[25]. La "atrición clásica" (*classic atrittion* en inglés), donde incrementa la denuncia del delito y disminuye la tasa de condena en el periodo analizado. Es el patrón mayoritario, y el caso paradigmático lo representan Inglaterra y Gales. Este patrón se halla presente además en Austria, Bélgica, Chipre, Estonia, Finlandia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia Lituania, Letonia, Escocia, Suecia y Suiza. El "patrón esperado" (*expected pattern* en inglés), que implica el incremento de la denuncia del delito y el incremento de la tasa de condena. Dentro de este patrón se encuentran Francia, Luxemburgo y Dinamarca. El tercer patrón es el de "atrición inversa" (*reversed attrition* en inglés), que implica el descenso de la denuncia y de la condena. El aspecto más significativo de este patrón es la caída de denuncias. En esta categoría se enmarca República Checa, Hungría, Portugal y Rumanía. Fue el modelo encontrado en la mayoría de los países de Europa Central y del Este durante la década de 1990.

En el estudio de cien casos en once países europeos[26], destaca que la tasa de condena promedio fue de 77%. Con la excepción de Inglaterra y Austria que absolvieron, respectivamente, en un 65% y un 38% de los procesos que fueron enjuiciados. La tasa de enjuiciamiento, es decir, aquellos procesos que superaron la fase de investigación se encuentran como promedio en un 20%. LOVETT y KELLY destacan que, un patrón común es que cuando más reducida es la tasa de enjuiciamiento, más elevada es la tasa de condena[27]. Así sucede en Austria, Alemania y Hungría.

El fenómeno de la atrición en España todavía constituye un ámbito por explorar. En cuanto a los delitos sexuales, solo se identifican dos investigaciones previas.

---

24 LOVETT, J. y KELLY, L., *Different Systems, Similar Outcomes? Tracking Attrition in Reported Rape Cases in Eleven Countries*, *Op. cit.*

25 LOVETT, J. y KELLY, L., *Different Systems, Similar Outcomes? Tracking Attrition in Reported Rape Cases in Eleven Countries*, *Op. cit.*

26 LOVETT, J. y KELLY, L., *Different Systems, Similar Outcomes? Tracking Attrition in Reported Rape Cases in Eleven Countries*, *Op. cit.*

27 LOVETT, J. y KELLY, L., *Different Systems, Similar Outcomes? Tracking Attrition in Reported Rape Cases in Eleven Countries*, *Op. cit.*

BALLESTEROS y BLANCO analizan la actividad de la Audiencia Provincial de Madrid y los datos estadísticos disponibles para la provincia de Madrid que indica una elevada atrición, con una tasa de enjuiciamiento del 12,6% y una tasa de condena (respecto a la denuncia) de un 9,6%[28]. Otro estudio se basa en el seguimiento de doscientos procesos sobre delitos de agresión sexual denunciados en la ciudad de Barcelona[29]. La investigación liderada por BERTOMEU evidenció una tasa de enjuiciamiento del 11% y una tasa de condena (respecto a la denuncia) de un 5,5%. No constan investigaciones sobre el fenómeno de la atrición a nivel nacional en España.

1.2. La regulación del delito de violación en España

Esta investigación persigue analizar la atrición en los delitos de violación en España. La modificación penal de los delitos sexuales operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, define las agresiones sexuales "cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento" (artículo 178.2), que se consideran violaciones si existe acceso carnal. No obstante, en este artículo se presentan los resultados de una investigación más amplia sobre la credibilidad de las víctimas de violación, basada en el análisis de datos oficiales entre 1987 y 2022, y un estudio de sentencias cuantitativo y cualitativo desde el 2000 hasta el 2019[30]. Como BARBERET indica, las numerosas modificaciones del Código Penal son una de las principales dificultades en España para el seguimiento de la tendencia de las conductas criminales[31]. Esta confusa y profusa técnica legislativa hace necesario analizar la tipificación de los delitos sexuales durante este periodo, aunque no sea el objeto de esta investigación.

Hasta la reforma producida por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, el bien jurídico protegido por los delitos sexuales era la honestidad femenina. La violación dentro de las relaciones matrimoniales estaba exenta de responsabilidad penal y el delito de violación admitía una modalidad de violación violenta y otro tipo basado en la vulnerabilidad de la víctima. En 1989 se modificó el bien jurídico que protegía el delito de violación. En vez de la honestidad, se identificó la libertad sexual como derecho a proteger. En el tenor literal de la

28 BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO, F., "Impunidad ante las violencias sexuales: análisis sociológico desde un estudio de caso", *Op. cit.*

29 BERTOMEU RUIZ, A., PEÑACOBA PÉREZ, M., PUJOL ROBINAT, A., SANCHO DE SALAS, M., VIDAL GUTIÉRREZ, C., y XIFRÓ COLLSAMATA, A., *Taxa de condemna en delictes d'agressió sexual*, Àrea d'Investigació i Formació en Execució Penal (CEJFE), Repositori de justícia de la Generalitat de Catalunya, 2017, p. 48.

30 DE LAMO, I., *La valoración de la declaración de la víctima como prueba de cargo. Un análisis empírico sobre los procesos penales por delitos de violación (2000-2019)*, *Op. cit.*

31 BARBERET, "Spain", *Op. cit.*

ley se abandonó el concepto patriarcal de la sexualidad de las mujeres como una extensión de la propiedad de su padre, hermano o esposo. La violencia sexual pasó a concebirse desde una perspectiva liberal, como un ataque contra la libertad sexual de cada persona.

En esta nueva redacción, el tipo básico era el de abusos deshonestos, que se definen como "cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresada" (Redacción del artículo 430 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal). Persiste el concepto de violación como acto violento o como una agresión cometida contra personas vulnerables. La acción típica se define por la concurrencia de violencia o intimidación o si la persona fuera menor de doce años o se hallara privada de sentido en situación de enajenación.

"Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:

1) Cuando se usare fuerza o intimidación.

2) Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación.

3) Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores". (Redacción del artículo 429 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal).

Otro aspecto novedoso que introdujo la Ley Orgánica 3/1989 fue la eliminación de la eximente del perdón de la ofendida. "En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase" (Redacción del artículo 443 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal).

El Código Penal de 1995, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre –y las posteriores reformas–, ha heredado esta visión liberal y el bien tutelado es la libertad sexual. En la primera redacción del Código Penal de 1995 se tipificaron los delitos de agresión sexual y de abusos sexuales en función de los medios comisivos. Se consideraba una agresión sexual si se llevaba a cabo a través de intimidación o violencia. En estos casos se entendía que no existía consentimiento. "El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años" (artículo 178 del texto original de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

El tipo básico era el abuso sexual, se definía como abuso cualquier acto que atentara conta la libertad sexual sin mediar intimidación o violencia (artículos 181 y ss. Del Código Penal de 1995). En la tipificación del abuso sexual también se incluían

supuestos donde concurría el consentimiento de la víctima, pero no se consideraba válido. Específicamente si se obtenía a través del abuso de poder (artículos 181.3); y si la víctima estaba inconsciente (artículos 181.3 181.2. 2º). Además, la edad de consentimiento sexual se fijó en doce años. Por debajo de esta edad, el artículo 181.2. 1º establecía un presunción iure et de iure, es decir, que no admite prueba en contra. Todo contacto sexual con una persona menor a los doce años era considerado un abuso sexual.

> "Artículo 181.
>
> 1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.
>
> 2. En todo caso, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten:
>
> 1.º Sobre menores de doce años.
>
> 2.º Sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental.
>
> En estos casos, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.
>
> 3. Cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima se impondrá la pena de multa de seis a doce meses". (Artículo 181 del texto original de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

En cada modalidad delictiva podía existir acceso carnal: agresión sexual con acceso carnal (artículo 179) y abuso sexual con penetración (artículo 182). Esta circunstancia llevaba aparejada el incremento de penas en cada delito.

Los delitos de abuso y agresión sexual castigaban diferentes conductas contra víctimas mayores y menores de la edad de consentimiento sexual (doce años). En cualquier caso se consideraba como abuso sexual el contacto sexual mantenido con alguien menor doce años, aunque hubiera consentido. Además, el artículo 183 castigaba de forma específica el abuso sexual, con o sin acceso carnal, contra personas entre los doce y dieciséis años.

Los delitos sexuales se han reformado en varias ocasiones desde 1995[32]. El artículo 2 de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, mantiene la tipificación de los delitos

32 En orden cronológico, se citan las leyes que han modificado el Código Penal de 1995: Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal; 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 y Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

de agresión y abuso sexual, pero introduce un cambio en la edad de consentimiento sexual, la eleva a trece años. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introduce de nuevo el término de "violación" como sinónimo de "agresión sexual con acceso carnal" en el artículo 179.

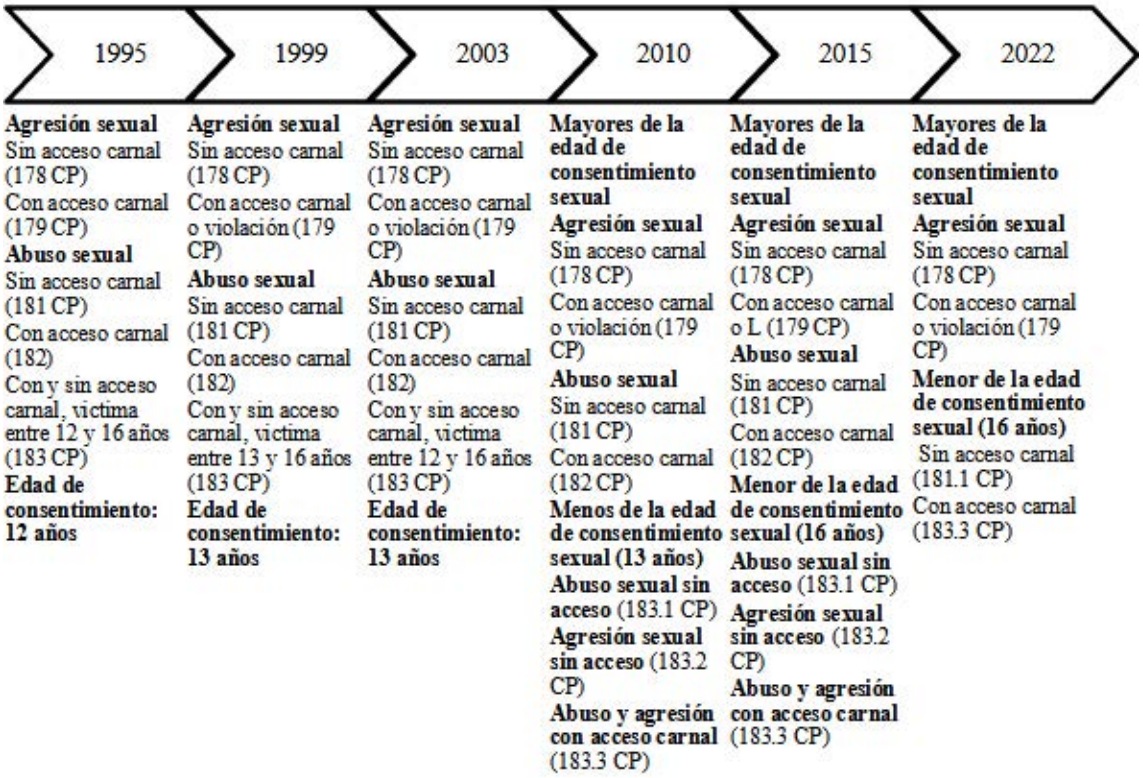
La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio modificó el artículo 181, que pasa a castigar como abuso sexual los casos de sumisión química (artículo 181. 2) y regula también el abuso sexual con acceso carnal (artículo 181. 4). El artículo 182 también es modificado y tipifica el castigo del abuso sexual, con o sin acceso carnal, contra personas entre los trece y dieciséis años.

La reforma del Código Penal operada en 2010 regula de forma específica por primera vez, los abusos y agresiones sexuales a menores de la edad de consentimiento sexual. Introduce el "Capítulo II bis. De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años", formado por el artículo 183 y el 183 bis. Este último artículo introduce el delito de *grooming*. La reforma de 2010 implica que las agresiones y los abusos sexuales –con y sin acceso carnal en cada figura delictiva– se tipifican en distintos artículos en función de la edad de la víctima. El artículo 183 regula de forma específica el abuso (artículo 183.1) y la agresión sexual (artículo 183.2), con y sin acceso carnal (183.3) cometidos contra menores de la edad de consentimiento sexual. Contra personas mayores de trece años, el artículo 178 castiga la agresión sexual cometida sin acceso carnal, el artículo 179 castiga la violación o agresión sexual con acceso carnal y el artículo 182 regula el abuso sexual sin acceso carnal y con acceso carnal.

En 2015, se eleva la edad de consentimiento sexual de trece a dieciséis años y se prevé en el artículo 183 quater una eximente de la responsabilidad penal. El consentimiento libre del menor excluye la responsabilidad penal si el autor es una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Además, la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introduce en al artículo 183 bis un nuevo delito relativo a la corrupción de menores y regula en el artículo 183 ter las conductas de *grooming*.

La modificación penal de los delitos sexuales operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, elimina el tipo del abuso sexual. Toda conducta sexual sin consentimiento se tipifica como agresión sexual, regulada en el artículo 178 cuando no implica penetración, y en el artículo 179 si se realiza con acceso carnal. El artículo 181 tipifica la agresión sexual cometida a la menores de la edad de consentimiento sexual, con y sin acceso carnal, que se mantiene en dieciséis años. También se mantiene la eximente del consentimiento libre, regulado en el artículo 183 bis.

Figura 1. Diagrama sobre la evolución de la tipificación de los delitos sexuales (1995-2022).



Elaboración propia

1.3. Estadísticas de criminalidad sexual en España

1.3.1. Encuestas de victimización

En cuanto a la cifra oculta de delitos sexuales, a mediados del siglo XX, la criminóloga finlandesa Inkere ANTTILA propuso el uso de encuestas para medir la victimización[33]. Hasta finales de la década de los años ochenta, estas encuestas eran relativamente infrecuentes en Europa. Sin embargo, en esa década, el Reino Unido y los Países Bajos lanzaron encuestas nacionales periódicas, y en 1989, la creación de la *Encuesta Internacional de Criminalidad y Victimización* (en adelante, ICVS) marcó un punto de inflexión, impulsando el uso extendido de estas encuestas, especialmente en Europa Occidental y Central.

Como analizan AEBI y LINDE, España ha participado en la ICVS en 1989 y 2005[34]. También participó en los Eurobarómetros 44,3 (1996), 54,1 (2000) y 58,1 (2002). Además, en 2009 realizó un estudio piloto del módulo de victimización de la UE,

33 AEBI, M. y LINDE, A., "Las encuestas de victimización en Europa: Evolución histórica y situación actual", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, 2010, pág. 211-298.

34 AEBI, M. y LINDE, A., "Las encuestas de victimización en Europa: Evolución histórica y situación actual", *Op. cit.*

liderado por la Secretaría de Estado de Seguridad y el INE, junto con la Universidad de Granada. El CIS también ha realizado ocho encuestas de victimización, seis de ellas a nivel nacional (1978, 1980, 1991 y 1995), una en Madrid en 1980 y otra en varias ciudades en 1982.

Sin embargo, no es posible comparar los resultados de estas encuestas y analizar con precisión la evolución de la delincuencia en España debido a diferentes problemas metodológicos. En la investigación liderada por DIEZ RIPOLLÉS y GARCÍA ESPAÑA se identifican algunas razones, como el empleo de diferentes ámbitos temporales[35]. Algunas encuestas preguntan a las personas entrevistadas sobre delitos ocurridos en el año actual, otras sobre el último año, cinco años o incluso toda la vida del encuestado. También es posible señalar la variación en el ámbito espacial y la selección de la muestra. Otro factor son las diferentes definiciones de "víctima". Algunas encuestas se centran en los delitos sufridos solo por la persona entrevistada, mientras que otras incluyen delitos que afectaron a su familia o incluso a sus conocidos. Por último, la definición de los delitos también varía, aspecto que dificulta la comparación entre encuestas.

A efecto ilustrativo, en la encuesta del CIS en 1999 se entrevistó personalmente a mayores de dieciocho. En cambio, la encuesta del ODA en 2008, basada la ICVS, se realizó telefónicamente a personas de dieciséis años o más. Tal y como señalan DIEZ RIPOLLÉS y GARCÍA ESPAÑA "En España la disponibilidad de encuestas de victimización nacionales ha sido siempre muy limitada, ya que ningún organismo oficial ha asumido hasta el momento la tarea de realizarlas de modo sistemático"[36].

En cuanto a la violencia de género, en España se realiza la Macroencuesta de violencia contra la mujer. Es la encuesta más importante en cuanto a su muestra y a su continuidad. Posee ámbito nacional y se realiza cada cuatro años desde 1999. Su universo abarca a todas las mujeres mayores de dieciocho años, y destaca por su gran tamaño muestral, con más de 20.000 entrevistas telefónicas. La Macroencuesta representa un importante esfuerzo para obtener una visión amplia y representativa de la violencia de género en el país y se ha convertido en una referencia para medir la violencia de género[37]. Como ARRANZ destaca, numerosas investigaciones han tomado como base los resultados de la Macroencuesta[38]. Además,

---

35 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y GARCÍA ESPAÑA, E., *Encuesta a víctimas en España*, Universidad de Málaga (UMA), Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2009.

36 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y GARCÍA ESPAÑA, E., *Encuesta a víctimas en España*, *Op. cit.*

37 CASADO APARICIO, E., GARCÍA GARCÍA, A. y GARCÍA SELGAS, F., "Análisis crítico de los indicadores de violencia de género en parejas heterosexuales en España", *Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales*, núm. 24, 2012, pp. 163-186. https://doi.org/10.5944/empiria.24.2012.847; RED2RED y PERNAS RIAÑO, B., *El estado de la cuestión en el estudio de la violencia de género*, Violencia de Género, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2011.

38 ARRANZ LOZANO, F., "Meta-análisis de las investigaciones sobre la violencia de género: El Estado produciendo conocimiento", Athenea Digital. Revista de pensamiento e investigación social, núm.15(1), pp. 171–203 cita los siguientes: ALBERDI, I. y MATAS, N., *La violencia doméstica.*

ha sido la referencia que han empleado las encuestas de victimización de ámbito autonómico o provincial[39].

No obstante, la Macroencuesta no está exenta de críticas[40]. El examen minucioso de sus problemas metodológicos excede el objeto de esta investigación. Brevemente, en un informe liderado por la consultora Red2Red y PERNAS, se condensan los principales problemas de los que adolece la Macroencuesta, que pueden resumirse en tres aspectos, "¿A quién se pregunta? El universo de estudio y la unidad de análisis. ¿Qué tipo de violencia se mide? Los actores de la violencia ¿Cómo se mide la violencia? Los indicadores que expresan la violencia de género"[41].

En cuanto a su universo y su unidad de análisis, un sector critica el propio concepto de "violencia de género", al considerar que la violencia también puede provenir de las mujeres. La Macroencuesta resuelve esta crítica al tomar como premisa teórica que la violencia de género es un tipo de violencia específica y más perjudicial que aquella sufrida por los varones[42]. También ha sido criticada que las personas entrevistadas disponen de un teléfono, y son excluidas otras mujeres en situación de vulnerabilidad[43].

En lo que concierne a los actores de la violencia, se recomienda la inclusión de varones en la muestra[44]. Admitir que las mujeres pueden ser violentas, humillar y acosar, no neutraliza que sufran un tipo de violencia específica y singular, como es la violencia de género.

Informe sobre los malos tratos a mujeres en España, Fundación La Caixa, Barcelona, 2002; INSTITUTO ARAGONÉS DE ESTADÍSTICA, *Macroencuesta sobre violencia contra las mujeres en Aragón*, Instituto Aragonés de la Mujer, Zaragoza, 2006; GARCÍA SELGAS, F., "La investigación social sobre violencia de género: Una propedéutica", En: MIRANDA LÓPEZ, MARTÍN-PALOMO y MARUGÁN PINTOS (Eds.), *Amor, razón, violencia*, Catarata, Madrid, 2009, pp. 55-84; CASADO APARICIO, E., GARCÍA GARCÍA, A. y GARCÍA SELGAS, F., "Análisis crítico de los indicadores de violencia de género en parejas heterosexuales en España", *Op. cit.*; y FUNDACIÓN EDE. SERVICIO DE INVESTIGACIÓN SOCIAL, *Violencia machista contra las mujeres en la CAPV: Percepción, incidencia y seguridad*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2012.

39 DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA, *Violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico. Resultados de una investigación en el Territorio Histórico de Bizkaia*, Bizkaia: Autor, 2006.

40 Se aborda este tema en profundidad en ARRANZ LOZANO, F., "Meta-análisis de las investigaciones sobre la violencia de género: El Estado produciendo conocimiento", *Op. cit.*; GARCÍA SELGAS, F., "La investigación social sobre violencia de género: Una propedéutica", *Op. cit.*; y RED2RED y PERNAS RIAÑO, B., *El estado de la cuestión en el estudio de la violencia de género*, *Op. cit.*

41 RED2RED y PERNAS RIAÑO, E*l estado de la cuestión en el estudio de la violencia de género*, Violencia de Género, *Op. cit.*, p.20.

42 RED2RED y PERNAS RIAÑO, *El estado de la cuestión en el estudio de la violencia de género, Op. cit.*, p. 20.

43 "Excluye a la población sin teléfono fijo, lo que puede ser significativo en situaciones de exclusión social, mujeres sordas, o mujeres que sólo disponen de móvil; por no recordar que muchas mujeres maltratadas manifiestan tener serias dificultades para hablar libremente desde el teléfono de su hogar". En CASADO APARICIO, E., GARCÍA GARCÍA, A. y GARCÍA SELGAS, F., "Análisis crítico de los indicadores de violencia de género en parejas heterosexuales en España", *Op. cit.*

44 RED2RED y PERNAS RIAÑO, B., *El estado de la cuestión en el estudio de la violencia de género*, *Op. cit.*

> "Reconocer que las mujeres pueden ser violentas y humillar o controlar a sus parejas, hijos/as o padres, no disminuye en nada la gravedad de la violencia. Además, que los varones se sientan maltratados forma parte de la realidad social, y las encuestas, como sabemos, no miden "realidades objetivas" sino opiniones y percepciones. El problema es que se ha intentado separar la violencia de género de la conflictividad familiar (que también sufren los varones), pero esta operación se puede haber quedado a medias. La conclusión es que pareciera que la violencia es "de género" porque la sufren mujeres, una idea errónea. La violencia es "de género" porque su raíz está en la desigual posición social de hombres y mujeres y en la construcción de la subjetividad, el cuerpo y la realidad social que esta desigualdad crea"[45].

Además, incluir varones en la muestra puede ofrecer un término de comparación que permita perfilar de forma más específica el fenómeno de la violencia de género. En una encuesta sobre acoso laboral impulsada por CC. OO, se incluyeron varones y mujeres en la muestra[46]. Una minoría de hombres refirieron sentirse acosados y los resultados evidenciaron que las causas, dinámicas y consecuencias del acoso laboral eran muy diferentes a las que sufrían las mujeres.

En cuanto a la forma de medir la violencia a través de indicadores y preguntas directas, las principales críticas son, en primer término, que los indicadores son ambiguos[47]. No diferencian adecuadamente entre violencia, machismo o conflicto. Muestran situaciones injustas o dolorosas, pero no siempre reflejan una situación de maltrato. Además, computar como mujer maltratada a cualquiera que responda afirmativamente a uno de estos indicadores, ya sea ocasionalmente o con frecuencia, confunde situaciones muy distintas, desde sufrir amenazas o violencia física, hasta comentarios sexistas, sin valorar otros factores, como la reiteración de estos actos, por ejemplo[48]. A pesar de los problemas metodológicos que padece la Macroencuesta, es la única encuesta de victimización de ámbito nacional que se realiza en España desde 1999. Provee información sumamente valiosa, aun considerando sus limitaciones.

1.3.2. Estadística policial

El proceso penal puede incoarse mediante denuncia, querella o de oficio. Los delitos sexuales poseen naturaleza semipública en virtud del artículo 191.1 del Código Penal vigente. Solo podrán ser perseguidos si la víctima ha denunciado los hechos o interpone querella. Ni las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ni cualquier otra autoridad

---

45 RED2RED y PERNAS RIAÑO, B., *El estado de la cuestión en el estudio de la violencia de género*, *Op. cit.*

46 PERNAS, B., OLZA, J. y ROMÁN, M., *El acoso sexual en el trabajo en España*, Paralelo Edición, Madrid, 2000.

47 PERNAS, B., OLZA, J. y ROMÁN, M., El acoso sexual en el trabajo en España, Paralelo Edición, Madrid, 2000.

48 RED2RED y PERNAS RIAÑO, B., *El estado de la cuestión en el estudio de la violencia de género*, *Op. cit.*

puede actuar de oficio. Es necesario puntualizar que las autoridades españolas no publican datos oficiales sobre la incoación de procesos mediante querella. Solo se ofrecen aquellos datos relativos a los hechos conocidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a través de denuncia.

Se identifican dos limitaciones principales de la estadística sobre criminalidad en España, las fuentes de información y las categorías e indicadores. En cuanto a las fuentes, en España no existe una estadística policial integral que abarque todo el territorio nacional[49]. La estadística policial posee un alto nivel de fragmentación y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no se coordinan adecuadamente[50]. Los dos instrumentos principales en España son el Anuario MIR y el Balance MIR. Ambas publicaciones recopilan y analizan estadísticas sobre criminalidad en España, y son publicadas por el Ministerio del Interior. El Anuario MIR es un compendio anual de datos estadísticos sobre la criminalidad en España. Incluye información sobre delitos, detenciones, y otras actividades relacionadas con la seguridad y el orden público. Su propósito es ofrecer un análisis detallado de las tendencias en la criminalidad y la actuación de las fuerzas de seguridad. Incluye datos desglosados por tipo de delito, Comunidades Autónomas, y otras variables relevantes. El Balance MIR es un informe que resume y evalúa la situación de la criminalidad en el país. Generalmente, presenta cifras agregadas y análisis sobre los cambios en la criminalidad, además de comentarios sobre las medidas tomadas por el gobierno y las fuerzas policiales.

Los datos presentados en el Anuario MIR y el Balance MIR solo recogen sistemáticamente datos suministrados por el Cuerpo Nacional de Policía (CNP) y la Guardia Civil. En determinados años, las policías autonómicas –Los *Mossos d'Esquadra* en Cataluña, la *Ertzaintza* en País Vasco y la Policía Foral de Navarra– no aportaron la información completa de la que disponen. Además, las estadísticas de las fuerzas policiales autonómicas son escasas o poco precisas[51].

Desde 2017, España publica los Informes sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Estos informes resultan positivos dado que se nutren de información sobre hechos conocidos por la Policía Nacional, Guardia Civil y las diferentes policías autonómicas y de las Policías Locales. En lo referente al contenido del Anuario y los Informes, la confusa técnica legislativa y las numerosas modificaciones de los delitos sexuales en España hacen sumamente complicado evaluar con precisión las tendencias criminales del país[52]. Como se ha analizado, desde 1995 hasta 2022, la regulación de los delitos sexuales ha sufrido al menos cinco modificaciones.

---

49 AEBI, M. y LINDE, A., "El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas", *Op. cit.*

50 BARBERET, R., "Spain", *European Journal of Criminology*, vol. 2, núm. 3, 2005, pp. 341-368.

51 AEBI, M. y LINDE, A., "El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas", *Op. cit.*

52 BARBERET, R., "Spain", *Op. cit.*

Tanto el Anuario como los Informes clasifican la información que ofrecen en función de la tipificación de los delitos sexuales. Sin embargo, el Anuario y los Informes agrupan los delitos de forma diferente. Tampoco publican información pormenorizada de todos los delitos. En lo relativo a los delitos sexuales, en su Anuario, el Ministerio del Interior publica datos sobre "Libertad sexual", categoría en la que ofrece información sobre todos los delitos sexuales y prevé las siguientes subcategorías: agresión sexual con penetración, corrupción de menores o incapacitados, pornografía de menores, y otras infracciones contra la libertad/indemnidad sexual. Los datos que se publican en los Informes se estructuran en diferentes categorías, más completas que las del Anuario: agresión y abuso sexual, agresión y abuso sexual con penetración, exhibicionismo, pornografía de menores pornografía de menores, acoso sexual, delito de contacto mediante tecnología con menor de dieciséis años con fines sexuales, corrupción de menores/incapacitados, delitos relativos a la prostitución delitos relativos a la prostitución y provocación sexual. Debe señalarse que las denuncias ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad únicamente ponen en conocimiento de las autoridades unos hechos. La calificación provisional la realizan las acusaciones tras la apertura de la fase de juicio oral. Se desconocen los criterios que emplean las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para clasificar una conducta como un determinado tipo de delito. Por ejemplo, los parámetros para diferenciar los delitos de agresión sexual de los delitos de abuso sexual.

Además, LINDE y SUMMERS señalan la escasa información sobre los indicadores o variables y la necesidad de mejorar la transparencia y accesibilidad de los datos[53]. Simplemente se agregan las estadísticas sin proporcionar ningún análisis contextual. Dentro de la violencia sexual, sin embargo, son positivos los Informes sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España, que se publican desde 2017. Suponen un avance importante al simplificar y explicar los datos mediante numerosos diagramas y texto descriptivo.

1.3.3. Estadística judicial

El Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), publica anualmente *La Justicia Dato a Dato*, que proporciona un resumen de la actividad del Poder Judicial en el año correspondiente. Estos informes incluyen secciones sobre violencia de género y violencia doméstica, pero no se presentan datos específicos sobre delincuencia sexual[54].

En el ámbito de la violencia de género, el CGPJ proporciona información específica[55].

---

53 LINDE, A. y SUMMERS, L., "Fuentes de datos para la investigación de la delincuencia en España", *Revista Española De Investigación Criminológica*, núm. 19(2), 2021, pp. 1–20.

54 BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO, F., "Las estadísticas de criminalidad sexual en España: una propuesta de caracterización", *Op. cit.*

55 CEREZO, A. y IZCO, M., "Análisis de las fuentes de datos estadísticos oficiales en materia de

Además, desde 2008, el CGPJ ha publicado análisis de sentencias relacionadas con homicidios y violencia de género, proporcionando datos sobre las decisiones judiciales y factores socioeconómicos que afectan la vulnerabilidad de las víctimas. Esto permite obtener un panorama amplio y detallado del tratamiento de la violencia de género en el Sistema Judicial español, así como de las características de las víctimas y los agresores. Ahora bien, estos datos no contienen información sobre delitos sexuales. Únicamente, en 2021, el CGPJ publicó el *Estudio sobre sentencias del Tribunal Supremo dictadas en 2020 por delitos contra la libertad sexual*. Ofrece información útil y completa sobre las sentencias dictadas por delitos sexuales, pero se trata de una publicación puntual que solo ofrece información sobre el año 2020.

La única fuente oficial que publica estadística judicial sobre delitos sexuales es la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*. Este documento publica información sobre el número de procedimientos incoados y calificados por el Ministerio Fiscal; y de sentencias dictadas. Solo se dispone de información sobre sentencias desde 2011. Con anterioridad, solo se ofrecían datos sobre las diligencias urgentes incoadas por el Ministerio Fiscal. En la Memoria no se proporciona información sobre el sentido de las sentencias dictadas por delitos sexuales.

Igualmente que en el caso de la estadística policial, la *Memoria de la Fiscalía General del Estado* estructura los datos sobre sentencias en función de delitos. Emplea las siguientes categorías: agresiones sexuales, violación, abusos sexuales, abuso sexual con acceso carnal, abuso sexual con engaño, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución de persona menor de edad o incapaz, prostitución de persona mayor de edad, utilización de menores con fines pornográficos, producción, distribución o tenencia material pornográfico, corrupción de menores, abuso sexual de menores, agresión sexual de menores, acoso menores-telecomunicaciones, abuso sexual a menores de 16 años, agresión sexual a menores de 16 años, acoso por telecomunicaciones a menores de 16 años, abuso sexual con engaño sobre mayores de 16 y menores de 18 años, agresión sexual de menores de 16 años con acceso carnal (violación), omisión de los deberes de guarda del menor estado prost/corrup, exhibición y provocación sexual sobre menores de 16 años, uso de prostitución de persona menor de edad o incapaz y asistencia a espectáculos exhibicionistas o porno. Ahora bien, en la Memoria tampoco se indican los criterios empleados para clasificar una sentencia en un tipo de delito o en otro. Si se clasifican en función de la calificación provisional, de la calificación definitiva o del sentido del fallo de la sentencia.

La estadística judicial adolece de múltiples problemas metodológicos que afectan directamente a la fiabilidad de los datos que ofrecen. GONZALO ESCOBAR explica que "las cifras judiciales de la criminalidad no tienen una correlación con las cifras policiales, existe una gran descoordinación y errores que hacen que las indicadas cifras, fundamentalmente las judiciales, sean muy poco fiables"[56].

violencia de género en España", *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 19(2), 2022.

56 ESCOBAR, G., "Extranjeros y prisiones", *Revista De Estudios De La Justicia*, núm. 12, 2010, pp.

Valorar las limitaciones que ofrecen los datos oficiales es esencial para comprender tanto el contenido de las estadísticas como las omisiones que contienen[57]. Sin embargo, no debe olvidarse que la estadística policial y judicial, aunque no es un reflejo del todo fiel, "son fuentes de información esenciales que nos permiten medir la criminalidad, analizar sus tendencias, evaluar tipologías delictivas concretas y analizar su evolución a lo largo del tiempo"[58]. Esta investigación ofrece un análisis de datos oficiales para brindar una primera mirada sobre el fenómeno de la atrición en los delitos de violación a nivel nacional. Pretende ser un punto de partida para seguir estudiando este fenómeno en España

2. METODOLOGÍA

La presente investigación combina el análisis de datos primarios y secundarios, que forma parte de una investigación más amplia, basado en un estudio cuantitativo y cualitativo de sentencias[59]. Su objetivo general era recopilar información empírica relevante sobre los factores que influyen en la credibilidad de la víctima en los delitos de violación que inciden en la conceptualización de la durante las dos primeras décadas del siglo XXI.

En cuanto a los datos secundarios, se analizan la información oficial publicada sobre delitos sexuales. Específicamente, se examinan las encuestas de victimización, junto con las diferentes fuentes de estadística de criminalidad y estadística judicial que permiten conocer la cifra oculta de violencia, los procesos penales incoados mediante denuncia y aquellos procesos que superan la fase de instrucción y son enjuiciados. Los datos oficiales no ofrecen información sobre la proporción de procesos que culminan con sentencia condenatoria o absolutoria. Con el objetivo de conocer tal información se han analizado los resultados de una investigación más amplia que consiste en el análisis cuantitativo y cualitativo de sentencias dictadas por delitos de violación en España en el periodo entre 2000 y 2019[60].

En el análisis de los datos secundarios y primarios, cada año se comparan las denuncias interpuestas con las sentencias dictadas. Diferentes investigaciones han criticado esta metodología, dado que los hechos denunciados no son necesariamente

261–277, p.268.

57 PALMA HERRERA, J. M., "El sistema estadístico de criminalidad y su eficacia en el estudio de la conexión entre criminalidad organizada e inmigración en España", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 14-r1, 2012. ISSN 1695-0194

58 GIMÉNEZ-SALINAS, A. y PÉREZ RAMÍREZ, M. "La trazabilidad de los datos oficiales sobre delincuencia en España", Revista Española De Investigación Criminológica, núm. 19(2), 2022.

59 DE LAMO, I., *La valoración de la declaración de la víctima como prueba de cargo. Un análisis empírico sobre los procesos penales por delitos de violación (2000-2019), Op. cit.*

60 DE LAMO, I., *La valoración de la declaración de la víctima como prueba de cargo. Un análisis empírico sobre los procesos penales por delitos de violación (2000-2019), Op. cit.*

juzgados y condenados durante ese mismo año. Proponen el seguimiento de casos (*case tracking* en inglés), que permite identificar con precisión los hechos denunciados que han culminado en sentencia[61]. Sin embargo, la comparación de datos oficiales sobre denuncias y sentencias cada año es ampliamente aceptada y esta metodología se emplea en investigaciones referentes sobre el fenómeno de la atrición, como la dirigida por LOVETT y KELLY en varios países europeos[62].

2.1. Fase 1. Revisión de datos oficiales sobre violencia sexual

Tal y como se revisa en la introducción, los datos recabados por España sobre violencia sexual son escasos y limitados. A pesar de tales limitaciones, el análisis de estas fuentes nos permite aproximarnos al fenómeno de la atrición, aunque no sea de forma exacta. Se han analizado aquellas fuentes de ámbito nacional que se indican en la tabla 2. Específicamente, se examinan los datos que se contienen en las Macroencuestas de Violencia contra la Mujer, el Anuario estadístico del Ministerio del Interior, el Informe sobre delitos contra la libertad sexual en España y la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado.

Con el objetivo de comparar las cifras consultadas sobre el delito de violación, también se recabó información sobre los delitos sexuales en general, delitos contra las personas (delitos contra la vida y delitos contra las integridad física) y sobre el conjunto de delitos tanto en el Anuario estadístico del Ministerio del Interior y la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado.

Tabla 2. Fuentes de información estadística oficial sobre violencia sexual en España analizadas

Documento	Tipo de fuente	Ámbito territorial	Frecuencia	Institución	Información analizada	Periodo consultado
Macroencuesta de Violencia contra la Mujer	Encuesta de victimización	Nacional	Cada cuatro años	Ministerio de Igualdad del Gobierno de España	Porcentaje de denuncia de la violencia contra las mujeres. Motivos para no denunciar	Ediciones de 2011, 2015 y 2019
Encuesta de Victimización de Barcelona	Encuesta de victimización	Local	Anual	Ayuntamiento de Barcelona	Porcentaje de denuncia de los delitos	2012-2021

61 CHOPIN, J. y AEBI, M., "The level of attrition in domestic violence: A valid indicator of the efficiency of a criminal justice system?", *Op. cit.*

62 LOVETT, J. y KELLY, L., *Different Systems, Similar Outcomes? Tracking Attrition in Reported Rape Cases in Eleven Countries*, *Op. cit.*

Anuario estadístico del Ministerio del Interior	Estadística de criminalidad	Nacional	Anual	Ministerio del Interior	Número de delitos de agresión sexual con penetración, delitos sexuales, delitos contra las personas y el conjunto de todos los delitos denunciados ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Número de hechos esclarecido relativos a delitos de violación, delitos sexuales, delitos contra las personas y el conjunto de todos los delitos denunciados ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad	1987-2021
Informe sobre delitos contra la libertad sexual en España	Estadística de criminalidad	Nacional	Anual	Ministerio del Interior	Número de denuncias por abusos y agresiones sexuales con penetración	2017-2022
Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado	Estadística judicial	Nacional	Anual	Ministerio de Justicia	Número de sentencias dictadas por delitos de violación y delitos de agresión sexual de menores de 16 años con acceso carnal (violación), delitos sexuales, delitos contra las personas (delitos de lesiones y delitos de homicidio/asesinato) y el conjunto de todos los delitos denunciados ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad	2011-2021

Elaboración propia

2.2. Fase 2. Análisis cuantitativo de sentencias dictadas por delitos de violación

En el presente artículo se analizan los resultados de una investigación más amplia que consiste en el análisis cuantitativo y cualitativo de sentencias dictadas por delitos de violación en España en el periodo entre 2000 y 2019[63]. La muestra final está compuesta por 448 sentencias. Se seleccionó a través de un muestreo probabilístico. En el periodo analizado, desde el 2000 hasta el 2019, el delito de violación se tipifica el artículo 179 del Código Penal español según la regulación dictada en 1995. Precepto que castigaba aquellos delitos de violación cometidos contra víctimas mayores y menores de la edad determinada por la legislación penal para consentir relaciones sexuales. Sin embargo, a partir de 2010, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tanto los abusos como agresiones –con o sin penetración– a menores de la edad de consentimiento sexual se regulan separadamente en el artículo 183 del Código Penal.

Con el propósito de identificar de la forma más exacta un marco muestral de las sentencias dictadas entre 2000 y 2019 sobre delitos de violación, se identificaron las sentencias dictadas en las que se condenó o absolvió por un delito del artículo 179

63 DE LAMO, I., *La valoración de la declaración de la víctima como prueba de cargo. Un análisis empírico sobre los procesos penales por delitos de violación (2000-2019), Op. cit.*

en todo el periodo objeto de estudio. Además, se identificaron las sentencias en las que se condenó o absolvió por un delito del artículo 183.3, precepto que tipifica las agresiones y abusos sexuales con penetración cometidas contra menores de la edad de consentimiento sexual desde 2010 hasta 2020.

Se realizaron varias búsquedas en la base de datos jurídica *Aranzadi digital* para elaborar el marco muestral de esta investigación. Con carácter previo se realizaron varias búsquedas exploratorias para probar diferentes estrategias de búsqueda e identificar cuál permitía obtener resultados más precisos. Se suprimieron los autos (n=11) para incluir solo las sentencias de las resoluciones obtenidas a través de la anterior estrategia de búsqueda. Se obtuvieron un total de 1322 sentencias.

Para calcular el tamaño muestral se optó por un nivel de confianza del 99% y un error de muestreo no superior al 5%. Al no disponer de información sobre la probabilidad de que ocurran o el evento se consideró la probabilidad del 50% de que ocurra y la probabilidad del 50% de que no ocurra.

Tabla 3. Ficha técnica de la muestra. Fuente: datos propios.

Universo	Sentencias dictadas en primera instancia, apelación y casación donde se enjuicien delitos de violación (arts. 179 y 183.3 CP) en España durante el periodo 2000 - 2020
Marco muestral	Sentencias obtenidas en la base de datos Aranzadi en el periodo 2000-2019 (n= 1322)
Tamaño muestral	N= 448 sentencias
Diseño de la muestra	Probabilístico
Selección de la muestra	Muestreo estratificado aleatorio con afijación proporcional
Nivel de confianza	99%
Error muestral	5%
Probabilidad de que ocurra el evento	Desconocida (n= 50%)

Elaboración propia

Los resultados del presente artículo forman parte de una investigación más amplia, para la que se diseñó un instrumento metodológico específico[64]. Tal instrumento consta de 130 variables agrupadas en 6 grupos que fueron sometidos a una validación de contenido a través de la técnica de jueces/zas expertas –o personas expertas–. El objetivo era obtener "una opinión informada de personas con trayectoria en el tema,

64 DE LAMO, I., *La valoración de la declaración de la víctima como prueba de cargo. Un análisis empírico sobre los procesos penales por delitos de violación (2000-2019), Op. cit.*

que son reconocidas por otros como expertos cualificados en éste, y que pueden dar información, evidencia, juicios y valoraciones"[65].

En el presente artículo únicamente se analizan las variable relativa al sentido del fallo sobre el delito de violación. En el análisis se han recodificado dos variables, la que recogía la condena por delitos sexuales (DelitoSexual_Condena) y la variable que recogía la absolución por delitos sexuales (DelitoSexual_Absolución).

La recopilación de datos fue realizada por una única investigadora. Los datos depurados se introdujeron en el programa estadístico IBM SPSS (versión 26). Se realizó un análisis descriptivo para detallar los rasgos de la muestra, en el que se emplearon frecuencias y porcentajes de la información recopilada.

3. RESULTADOS

3.1. Cifra oculta de la violencia sexual

La Macroencuesta sobre Violencia contra la Mujer se elabora cada cuatro años desde 1999. A partir de la edición de 2015, recoge datos sobre violencia sexual en función de si se comete a manos de una pareja o fuera del ámbito íntimo. Los datos sobre victimizaciones que arrojan las ediciones de 2015 y 2020 indican que la violencia contra las mujeres se ha mantenido constante, con variaciones de pocos puntos porcentuales. La violencia más frecuente que sufren las mujeres es el acoso sexual (40,40%)[66]. Seguida por la violencia psicológica de control (27,00%)[67] y la violencia psicológica emocional (23,20%) a manos de sus parejas o exparejas[68].

Los delitos sexuales que abarcan conductas calificables como agresión o abuso sexual poseen una frecuencia más baja y se sufren más en el ámbito de la pareja que fuera de ella. En la *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015*[69] se evidenció que el 8,10% de las mujeres habían sufrido una agresión a manos de su pareja o expareja a lo largo de su vida. La *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019* mostró que esta cifra fue del 8,90%. Porcentaje que equivale a 1.810.948 de mujeres[70]. Dentro

65 ESCOBAR PÉREZ, J. y CUERVO MARTÍNEZ, A., "Validez de contenido y juicio de expertos: una aproximación a su utilización", *Avances en Medición*, núm. 6(1), 2008, pp. 27-36, p.29.

66 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, Ministerio de Igualdad del Gobierno de España, 2020, *Op. cit.*, p. 182.

67 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, *Op. cit.*, p.46.

68 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, *Op. cit.*, p.36.

69 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015*, Ministerio de Igualdad del Gobierno de España, 2015, *Op. cit.*, p. 48.

70 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, *Op. cit.*, p.25.

de la violencia sexual en el ámbito de la pareja, la más frecuente fue la violación, la sufrieron 7,5% de las mujeres dentro de la pareja. Cifra que se extrapola a 1.535.941 mujeres[71].

Fuera del ámbito de la pareja, en la *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015* se mostró que un 7,2 % de las mujeres sufren violencia sexual[72]. En la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019 este porcentaje disminuye un punto porcentual, en un 6,5%, si se extrapola, equivale a 1.322.052 mujeres[73]. En cuanto a la violación, un 2,2% de las mujeres sufrieron una violación fuera del ámbito de la pareja, que equivale a 453.371 mujeres[74]. En virtud de los datos extraídos de la *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019* se aprecia que la estimación de mujeres que han sufrido una violación dentro de la pareja (1.535.941) es tres veces mayor que fuera del ámbito de la pareja (453.371)[75].

Los datos que se ofrecen en las macroencuestas indican que han aumentado las denuncias por violencia sexual que se comete en el ámbito de la pareja, hasta llegar a un 32,1% en 2019. Así, la *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2011*, solo ofrece datos al respecto relativos al maltrato, es decir de la violencia infringida por la pareja. Esta Macroencuesta estima que solo un 25,8% de las mujeres que sufrieron algún tipo de maltrato, incluyendo violencia sexual, denunciaron los hechos[76]. La *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015* muestra que un 26,8% de las mujeres que habían sufrido violencia física o sexual informó a la policía y un 1,7% denunció los hechos ante el juzgado[77]. Asimismo, la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019 ha evidenciado que el 32,1% de las mujeres que han sufrido violencia sexual por parte de sus parejas denuncian los hechos[78]. No obstante, la denuncia de la violencia sexual sufrida fuera del ámbito de la pareja tan solo alcanza a un 8%[79].

---

71 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, Ministerio de Igualdad del Gobierno de España, 2020, p.27.

72 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015*, *Op. cit.*, p. 285.

73 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, *Op. cit.*, p. 153.

74 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, *Op. cit.*, p. 154.

75 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, *Op. cit.*, p. 27 y 154.

76 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2011*, *Op. cit.*, p. 56.

77 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015*, *Op. cit.*, p. 127.

78 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, *Op. cit.*, p. 116.

79 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, *Op. cit.*, p. 167.

Las categorías empleadas por la Macroencuesta dificultan establecer una única cifra sobre la denuncia de la violencia sexual. En la edición de 2011, solo se ofrece esta información respecto a la violencia sufrida a manos de la pareja, incluyendo la violencia sexual. En 2015, la Macroencuesta ofrece esta información respecto a todas las mujeres que hayan sufrido violencia física o sexual, es decir, agrupa estos dos tipos de violencia. Respecto a 2019, se ofrece información sobre el porcentaje de violencia sexual denunciada en dos categorías, en el ámbito de la pareja y fuera de este ámbito. Estos últimos datos permiten afirmar que la denuncia de la violencia sexual oscila entre un 8% y un 32,1%.

No se realizan encuestas de victimización de ámbito nacional sobre otros delitos que permitan comparar la cifra oculta de los delitos sexuales con otros ilícitos penales[80], a diferencia de otros países como Francia o EE. UU[81]. Únicamente el Ayuntamiento de Barcelona ha recopilado datos sobre delincuencia real de forma anual desde 2012 a través de la *Encuesta de Victimización de Barcelona* (2012-2021). Tan solo a efectos ilustrativos, la información recopilada en Barcelona muestra que se han llegado a denunciar el 46,60% de los delitos cometidos en la ciudad condal en 2013, no obstante, la denuncia ha decrecido hasta el 17,60% en 2021. Puede afirmarse que la denuncia del conjunto de todos los delitos oscila entre un 17,60% y un 46,60%.

Entre los motivos más habituales para no denunciar la violencia sufrida, la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015 señala que un 44,6% de las mujeres no lo hicieron porque le otorgaron poca importancia. Un 26,6% no denunciaron por miedo a las represalias, y un 21,1% por vergüenza[82].

3.2. Denuncias interpuestas por delito de violación ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

La información sobre los hechos denunciados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se recopilan en el Anuario MIR, que se publica anualmente desde 1987. Recogen información sobre los hechos conocidos, los hechos esclarecidos, los detenidos y las victimizaciones. En cuanto a los delitos sexuales, en su Anuario, el Ministerio del Interior publica datos sobre "Libertad sexual", categoría en la que ofrece información sobre todos los delitos sexuales. Además prevé las siguientes subcategorías: agresión sexual con penetración, corrupción de menores o incapacitados, pornografía de menores, y otras infracciones contra la libertad/indemnidad sexual. Se analizan en esta investigación las categorías de "Libertad sexual y agresión sexual con penetración".

---

80 AEBI, M. y LINDE, A., "Las encuestas de victimización en Europa: Evolución histórica y situación actual", *Op. cit.*; BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO, F., "Las estadísticas de criminalidad sexual en España: una propuesta de caracterización" AEBI, M. y LINDE, A., "Las encuestas de victimización en Europa: Evolución histórica y situación actual", *Op. cit.*

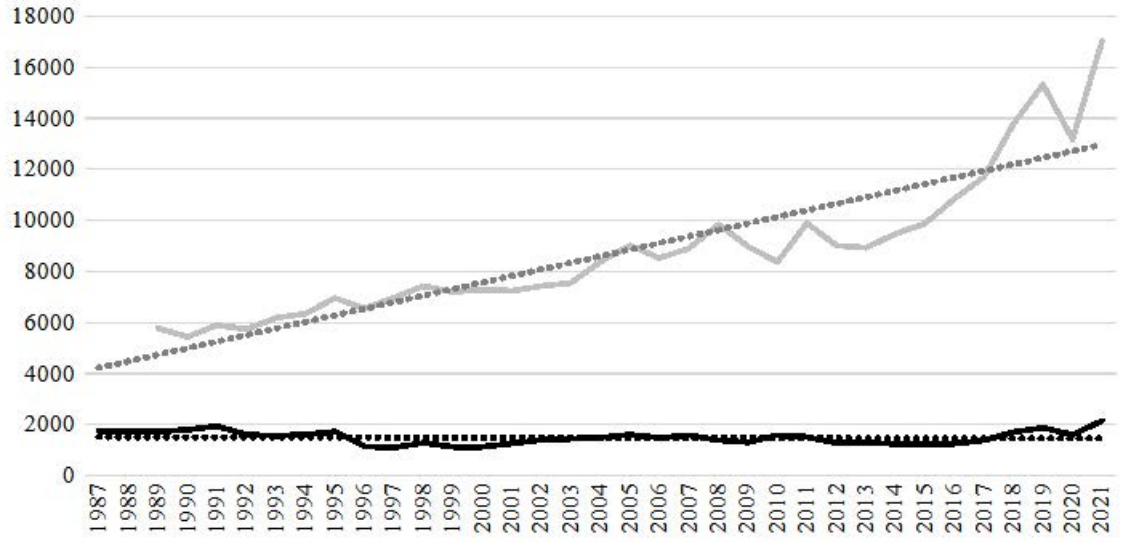
81 AEBI, M. y LINDE, A., "Las encuestas de victimización en Europa: Evolución histórica y situación actual", *Op. cit.*

82 DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015*, *Op. cit.*, p.183.

Los hechos conocidos se definen como el conjunto de infracciones penales que han sido conocidas por las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bien por medio de denuncia o por actuación policial realizada *motu proprio* (labor preventiva o de investigación.) Los delitos sexuales poseen naturaleza semipública, por tanto, se menciona indiferentemente "hechos conocidos y denuncias" en la presente investigación.

La tendencia de las denuncias por delito de violación entre 1987 y 2021 es constante. El promedio es de 1488 delitos al año y oscila entre un mínimo de 1094 delitos conocidos en 1997 y un máximo de 2143 delitos conocidos en 2021. Si se compara con los delitos sexuales en general, la tendencia hasta 2021 ha sido ascendente, con un promedio de 10297 hechos conocidos anuales.

Figura 2. Evolución de los hechos conocidos por delitos sexuales (1987-2021)



Elaboración propia

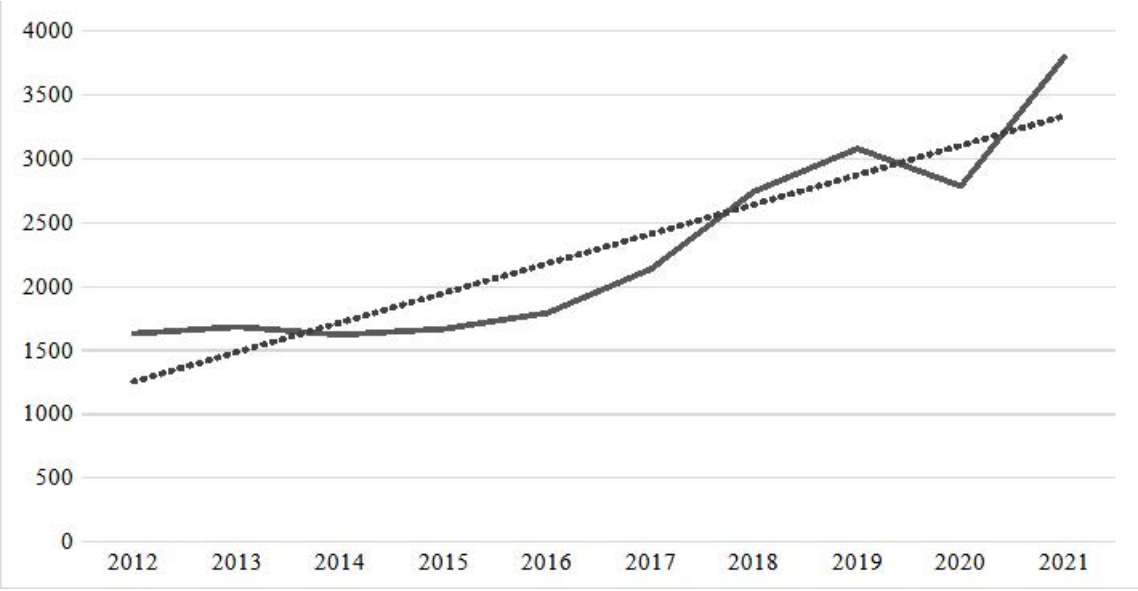
Ministerio del Interior también hace públicos los hechos esclarecidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad desde el 2011. Se consideran esclarecidos cuando el autor es detenido in fraganti, cuando se identifica plenamente al autor, aunque no sea detenido, cuando exista una confesión verificada o pruebas sólidas y cuando la investigación muestre que no existe infracción. La consideración de unos hechos conocidos como esclarecidos no posee relevancia para el proceso penal, dado que será el Juez o Jueza de instrucción en la fase intermedia del proceso quien decida si debe sobreseerse o debe darse apertura a la fase de juicio oral.

Según los datos del Ministerio del Interior, como promedio un 80,82% de los hechos conocidos por el delito de violación son esclarecidos. Cinco puntos por encima del esclarecimiento del conjunto de delitos sexuales. Esta proporción es bastante superior si la comparamos con el esclarecimiento de los todos los hechos conocidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que se encuentra de promedio en un 32,88%.

No obstante, si se compara con los delitos contra las personas, el porcentaje de hechos esclarecidos es más elevado que el relativo a los delitos de violación. Asciende a un 84,66%, como promedio desde 2011 hasta 2021. De tales cifras se desprende que aquellos delitos contra las personas, como los delitos contra la vida, la integridad física, y también los delitos sexuales –incluyendo la violación– pueden poseer un alto índice de esclarecimiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles. En comparación, los delitos patrimoniales mostraban un 17,45% de esclarecimiento desde 2011 hasta 2021, como promedio. Este bajo esclarecimiento puede tener su origen la relación previa de la víctima y el autor de los hechos. En los delitos patrimoniales suelen ser desconocidos, dificultando la identificación del responsable a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sin embargo, en los delitos contra las personas, víctima e investigado suelen poseer una relación previa.

Desde 2017, el Estado español publica anualmente el *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*. Los datos que se publican se estructuran en diferentes categorías, más completas que las del Anuario del Ministerio del Interior: agresión y abuso sexual, agresión y abuso sexual con penetración, exhibicionismo, pornografía de menores pornografía de menores, acoso sexual, delito de contacto mediante tecnología con menor de dieciséis años con fines sexuales, corrupción de menores/incapacitados, delitos relativos a la prostitución delitos relativos a la prostitución y provocación sexual. Se analizan los datos ofrecidos sobre "agresión y abuso sexual con penetración". Se puede observar una tendencia ascendente, coherente con los datos contenidos en el Anuario, que alcanza su máximo en 2021 con 3.795 denuncias por delitos de abuso y agresión con penetración.

Figura 3. Evolución de los hechos conocidos por delitos de abuso y agresión sexual con acceso carnal (2011-2021).



Fuente: Ministerio del Interior, Gobierno de España. Elaboración propia.

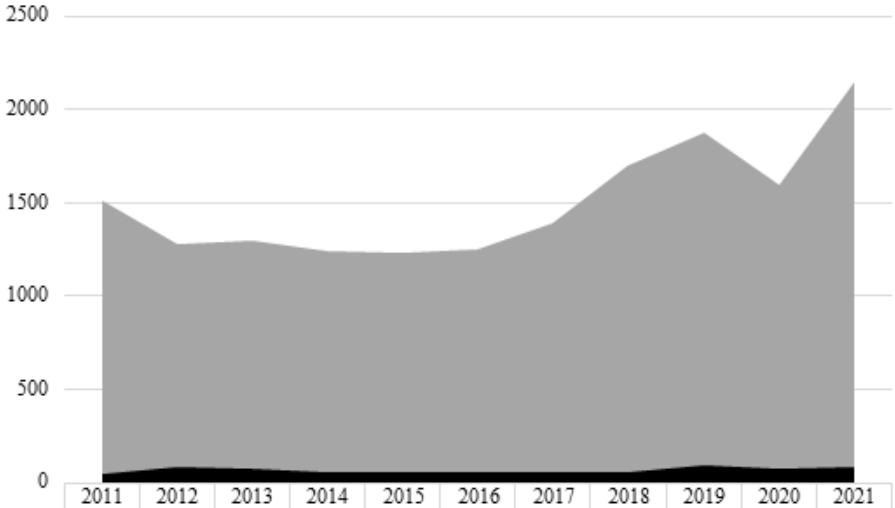
3.3. Procesos que superan la fase de instrucción y son enjuiciados

Después de la incoación del proceso penal, da comienzo la fase de instrucción, que persigue reunir suficiente información sobre unos hechos que presenten indicios de criminalidad y sobre la identificación del autor de estos hechos. Tras la práctica de diferentes diligencias de investigación, en la fase intermedia del proceso, el o la Jueza de Instrucción puede dictar un auto de sobreseimiento, que implica la terminación del proceso. El sobreseimiento puede justificarse en la ausencia de indicios sobre la existencia del hecho denunciado. Por ejemplo, que los hechos denunciados fueran fruto de una simulación. También en la ausencia de indicios de criminalidad en el hecho denunciado. En el caso del delito de violación, por ejemplo, puede considerarse que el contacto sexual fue consentido. O la no identificación del responsable. En la fase intermedia también puede dictarse un auto de apertura de juicio oral. En este supuesto, las acusaciones calificarán provisionalmente los hechos, y se iniciará la fase de enjuiciamiento. Si el o la Jueza de Instrucción dictan un auto de apertura de juicio oral, las acusaciones pueden calificar el hecho denunciado como un delito de violación. Ahora bien, también es posible que califiquen el hecho como un delito de abusos sexuales con acceso carnal.

La Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado es la única fuente de datos oficial sobre las sentencias que enjuician de delitos sexuales desde 2011. Para analizar la evolución del delito de violación se han agregado los datos relativos dos indicadores de la Memoria: "delito de violación", que ofrecen los datos sobre los delitos de violación cometidos contra personas mayores de la edad de consentimiento (art.179 CP); y el "delito de agresión sexual con acceso carnal a menores (violación)", que ofrecen los datos sobre los delitos de violación cometidos contra personas mayores de la edad de consentimiento (art.183.3 CP). En virtud de los datos recopilados por la Fiscalía General del Estado en sus memorias anuales, el máximo histórico de sentencias dictadas por un delito de violación es de 94 resoluciones en 2019, seguido por 2012 y 2021 con 88 sentencias. El promedio se encuentra en 68 sentencias al año.

Se comparan estos datos publicados por el Ministerio Fiscal con la información que proporciona el Ministerio de Interior en su Anuario Estadístico sobre los hechos conocidos por delitos de agresión sexual con penetración. Se observa una tasa de enjuiciamiento de un 4,62%. Solo esta proporción de las denuncias por violación superan la fase de instrucción y son juzgados como delitos de violación, como promedio desde el 2011 hasta el 2021. En otras palabras, menos de 5 de 100 denuncias por delitos de violación llegan a la fase de juicio oral y son enjuiciadas como tal delito.

Figura 4. Evolución de las denuncias por delitos de violación y sentencias dictadas por delitos de violación (2011-2021)



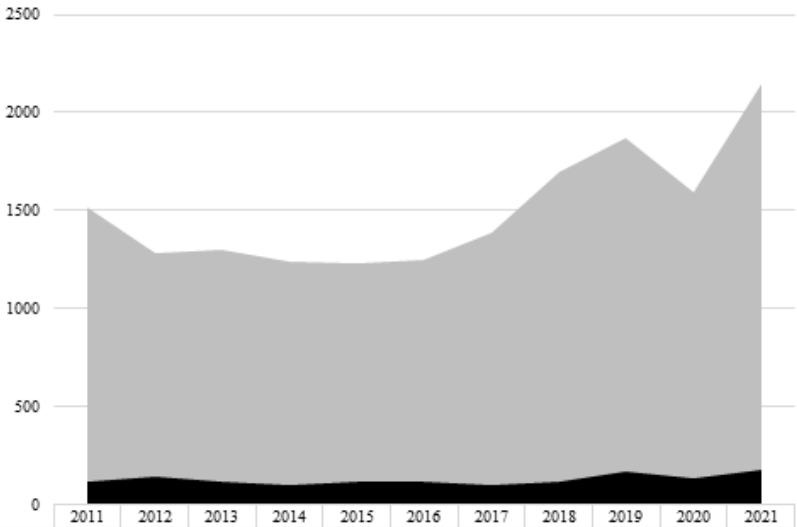
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
DENUNCIAS POR DELITOS DE VIOLACIÓN	1513	1280	1298	1239	1229	1249	1387	1700	1873	1596	2143
SENTENCIAS POR DELITO DE VIOLACIÓN	50	88	77	60	55	56	53	56	94	74	88

Fuente: Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior, Gobierno de España. Elaboración propia

El resto de los delitos de violación denunciados pueden ser sobreseídos. Ahora bien, es posible que una proporción de los hechos contenidos en las denuncias de violación sean calificados provisionalmente por las acusaciones como abusos sexuales con acceso carnal y sean juzgados por este delito. Se comparan las cifras sobre denuncias por delitos de agresión sexual con penetración publicadas en el Anuario con los datos que ofrece la *Memoria sobre delitos de violación, delitos de agresión sexual con acceso carnal a menores (violación) y delitos de abuso sexual con acceso carnal*. Se calcula una tasa de enjuiciamiento de un 8,40%, porcentaje de las denuncias por delitos de violación que superan la fase de juicio oral y son juzgadas como delitos de violación o como delitos de abuso sexual con acceso carnal.

Sin embargo, debe considerarse que los delitos de abuso sexual con acceso carnal juzgados pueden tener su origen en denuncias por delitos de abuso sexual con acceso carnal. Además de en denuncias por delitos de violación que son calificadas provisionalmente como abusos con acceso carnal. Por tanto, la proporción de denuncias por delitos de violación que son juzgadas, por delito de violación o abuso sexual parece encontrarse entre las dos tasas de enjuiciamiento calculadas, entre un 4,62% y un 8,40%.

Figura 5. Evolución de las denuncias por delitos de violación y las sentencias dictadas por delitos de violación y abuso sexual con penetración (2011-2021)

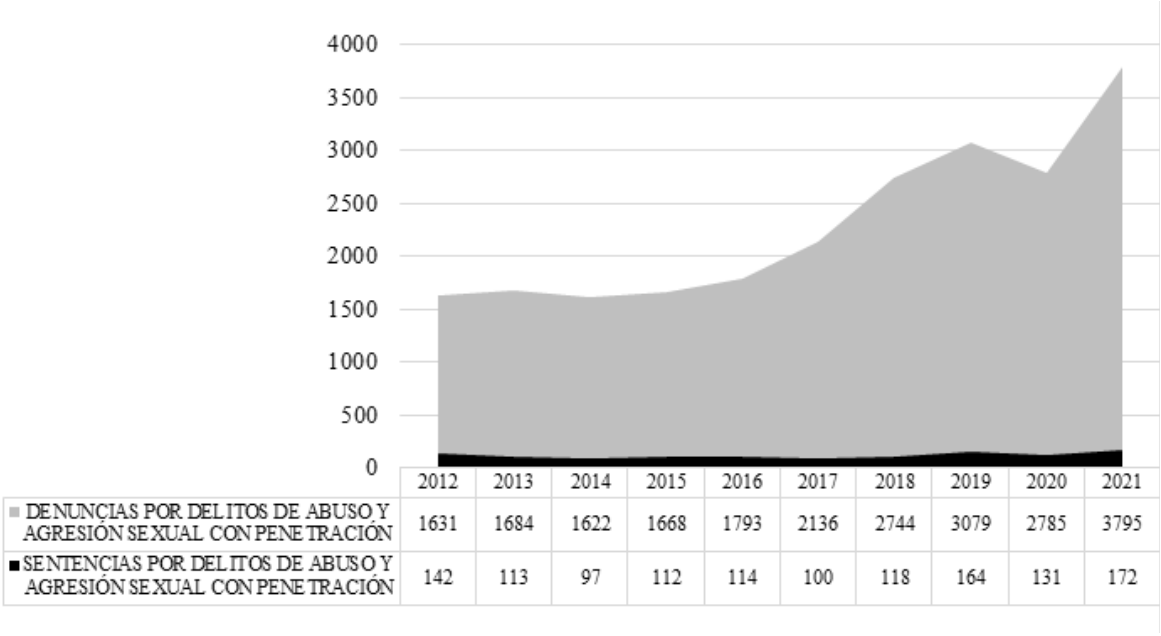


	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
DENUNCIAS POR DELITOS DE VIOLACIÓN	1513	1280	1298	1239	1229	1249	1387	1700	1873	1596	2143
SENTENCIAS POR DELITOS DE VIOLACIÓN Y ABUSO CON ACCESO CARNAL	111	142	113	97	112	114	100	118	164	131	172

Fuente: Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior, Gobierno de España.
Elaboración propia

Con el objetivo de arrojar luz sobre esta cuestión, se calcula la tasa de enjuiciamiento comparando los datos contenidos en la Memoria sobre sentencias dictadas por "delitos de violación¸ delitos de agresión sexual con acceso carnal a menores (violación)" y "delitos de abuso sexual con acceso carnal" y las cifras sobre denuncias interpuestas por "delitos de abuso y agresión sexual con acceso carnal" contenidas en el Informe sobre delitos contra la libertad sexual en España. Se observa una tasa de enjuiciamiento de 5,80%.

Figura 6. Evolución de las denuncias y sentencias dictadas por delitos de agresión y abuso sexual con penetración (2011-2021)



	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
DENUNCIAS POR DELITOS DE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUAL CON PENETRACIÓN	1631	1684	1622	1668	1793	2136	2744	3079	2785	3795
SENTENCIAS POR DELITOS DE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUAL CON PENETRACIÓN	142	113	97	112	114	100	118	164	131	172

Fuente: Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior, Gobierno de España. Elaboración propia

En cualquier caso, la tasa de enjuiciamiento de las denuncias por delitos de violación resulta inferior al 10%. Menos de una de cada diez denuncias es juzgada. Si se compara con la tasa de enjuiciamiento de todos los delitos, no existe una abultada diferencia. Como promedio desde 2011 hasta 2021, un 11,80% de todos los delitos denunciados son enjuiciados. Ahora bien, tal reducido porcentaje está condicionado por la tasa de enjuiciamiento de los delitos patrimoniales. El grupo de delitos más denunciado en España, que posee una tasa de enjuiciamiento de un 3,08% como promedio desde 2011 hasta 2021. Ahora bien, los delitos patrimoniales suelen ser cometidos por desconocidos y puede ser complejo identificar al autor de los hechos. Situación diferente a los delitos cometidos contra las personas, donde la víctima y el agresor suelen ser conocidos.

La comparación de los delitos de violación con los delitos sexuales y los delitos contra las personas en general, evidencia que la tasa de enjuiciamiento de los delitos de violación es más reducida. La tasa de enjuiciamiento de todos los delitos sexuales asciende a un 21,99% como promedio. Asimismo, los delitos contra las personas (delitos contra la vida y delitos contra la integridad física) superan la fase de instrucción en el 58,25% de los casos. La tasa de enjuiciamiento de los delitos de violación es más reducida que la de otros delitos sexuales y notablemente más baja que los grupos de delitos contra las personas más frecuentes, como las lesiones.

En síntesis, las denuncias por delitos de violación han experimentado su máximo histórico en 2021, con 2143 denuncias registradas por violación. De estas, el 80,82% son esclarecidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la fase de investigación o instrucción. No obstante, respecto a los delitos de violación, solo llegan a la fase de juicio oral entre un 4,62% y un 8,40% de los hechos conocidos. En cualquier caso, la tasa de enjuiciamiento de las denuncias por delitos es inferior al 10%. Más del 90% de las denuncias interpuestas cada año no superan la fase de instrucción, son sobreseídas y no son enjuiciadas.

3.4. Procesos que culminan con una sentencia condenatoria

Se describen los resultados del estudio cuantitativo sobre los datos sobre el fallo. Como se aprecia en la tabla 3, en una primera recodificación se emplearon tres categorías, "absolución" (15,20%; n=68) cuando se absolvió por todos los delitos; "condena" (79,90%; n=358) cuando se condenó por todos los delitos por los que se acusaba; y "condena y absolución" cuando se condenó por algunos delitos por los que se acusaba y se absolvió por otros (4,90%; n=22).

En una segunda recodificación se incluyeron aquellos casos donde se condenó y se absolvió por delitos sexuales en la categoría de "condena", para simplificar el análisis en el cruce esta variable con otras.

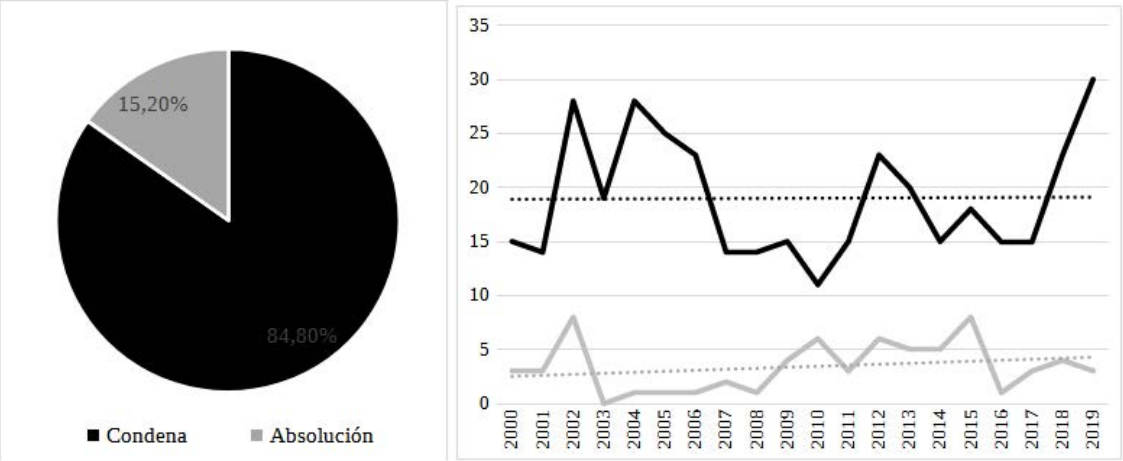
Tabla 4. Recodificación de las variables sobre la condena y absolución de delitos sexuales

Segunda recodificación	**Porcentaje**	**Recuento**
Condena	84,80%	380
Absolución	15,20%	68
Total	100,00%	448
Primera recodificación	**Porcentaje**	**Recuento**
Condena	79,90%	358
Condena y absolución	4,90%	22
Absolución	15,20%	68
Total	100,00%	448

Fuente y elaboración propia.

En las sentencias analizadas ha registrado un 84, 80% (n=358) de sentencias condenatorias, mientras que los tribunales solo absolvieron en un 15,20% de los casos (n=68).

Figura 7. Decisión del fallo respecto al delito de violación y evolución temporal (2000- 2019)



Fuente y elaboración propia.

4. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

El objetivo general de esta investigación es abordar la atrición de los delitos de violación en España. El principal hallazgo es la elevada tasa de atrición que poseen los procesos penales por delitos de violación. Los resultados hallados en el estudio de sentencias y los datos oficiales permiten estimar que la tasa de condena respecto a la denuncia oscila entre el 3,83% y el 6,94%, como promedio entre los años 2011 y 2019. Porcentaje que desvela una tasa de atrición superior al 90%. Resultado coherente con los dos estudios previos realizados en España. En la investigación liderada por BERTOMEU se halla un resultado similar, una tasa de condena (respecto a la denuncia) de un 5,5%[83] y en el estudio de BALLESTEROS y BLANCO, asciende a un 9,6%. En ningún caso supera el 10%[84].

Desde una perspectiva comparada, esta tasa de condena es ligeramente inferior a niveles evidenciados en otros países anglosajones. La meta revisión de DALY y BOUHOURS identificó que las tasas medias de condena oscilan entre un 20% y un 10%[85]. Por ende, la tasa de atrición suele hallarse entre el 80% y el 90%. KELLY, LOVETT y REGAN en su investigación realizada en Londres, identificaron una tasa

83 BERTOMEU RUIZ, A., PEÑACOBA PÉREZ, M., PUJOL ROBINAT, A., SANCHO DE SALAS, M., VIDAL GUTIÉRREZ, C., y XIFRÓ COLLSAMATA, A., *Taxa de condemna en delictes d'agressió sexual*, *Op. cit.*

84 BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO, F., "Impunidad ante las violencias sexuales: análisis sociológico desde un estudio de caso", *Op. cit.*

85 DALY, K. y BOUHOURS, B., "Rape and attrition in the legal process: A comparative analysis of five countries", *Op. cit.*

de atrición del 92%[86]. Sólo el 8% de las denuncias por delitos de violación culminaban con sentencia condenatoria. Investigaciones posteriores han obtenido resultados similares[87].

Tabla 5. Resultados hallados sobre el desgaste procesal o atrición de los delitos de violación

Tasa de denuncia	8%-32%
Tasa de enjuiciamiento (*trial rate* en inglés)	4,62%-8,40%
Tasa de condena respecto del enjuiciamiento (*conviction rate* en inglés)	79,90%-84,80%
Tasa de condena respecto a todo el proceso (*conviction rate* en inglés)	3,83%-6,94%,
Tasa de atrición o desgaste (global) (*attrition rate* en inglés)	93,06%-96,17%

Fuente y elaboración propia.

En cuanto al primer objetivo específico, analizar la tasa de denuncia, la información recogida en la última macroencuesta evidencia que la violencia sexual es denunciada en un rango que oscila desde un 8% (porcentaje que alude a la violencia sexual sufrida fuera del ámbito de la pareja) a un 32% (porcentaje relativo a la violencia sexual sufrida dentro del ámbito de la pareja). Esta tasa de denuncia es similar a la mostrada en otras investigaciones, aunque posee un rango ligeramente superior en comparación con otros países anglosajones. DALY y BOUHOURS señalaron que la proporción de víctimas que denuncian a la policía varían entre un 6% (Canadá) y un máximo de 32% (en EE. UU) y que la tasa promedio de denuncia por parte de las víctimas es del 14 % En los países analizados, los índices de denuncias varían entre 15-32 % (Estados Unidos), 14-18 % (Inglaterra y Gales), 12-20 % (Australia), 6-19 % (Canadá) y 12 % (Nueva Zelanda)[88].

El segundo objetivo específico de esta investigación era relativo a la tasa de enjuiciamiento que poseen los delitos de violación. La tasa de enjuiciamiento

86 KELLY, L, LOVETT, J. y REGAN, L., *Gap or a Chasm? Attrition in Reported Rape Cases*, *Op. cit.*

87 FEIST, A. ASHE, J., LAWRENCE, J., MCPHEE, D., y WILSON, R., *Investigating and Detecting Recorded Offences of Rape*, Home Office Online Report 18/07, Home Office, 2007; HOHL, K. y STANKO, E., "Complaints of rape and the criminal justice system", *European Journal of Criminology,* vol. 12, núm. 3, 2015, pp. 324-341; SINCLAIR, O. "The attrition problem: The role of police officer's decision making in rape cases", *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, vol. 19, núm. 3, 2022.

88 DALY, K. y BOUHOURS, B., "Rape and attrition in the legal process: A comparative analysis of five countries", *Op. cit.*

se encuentra entre el 4,62% y un 8,40% como promedio en el periodo de 2011 a 2021. En cualquier caso, es inferior al 10%. Menos de una de cada diez denuncias interpuestas por delitos de violación superaron la fase de investigación y fueron enjuiciadas. Además, cabe recordar que el número de denuncias recogidas en el Anuario y en los Informes del Ministerio del Interior en su Anuario son inferiores a todas las denuncias interpuestas en el territorio nacional. La información que recogen los *Mossos d'Esquadra* en Cataluña, la *Ertzaintza* en Euskadi y la Policía Foral de Navarra no figuran en los datos que publica el Ministerio del Interior, que solo se nutre de los datos de la Policía Nacional y de la Guardia Civil. Sin embargo, los datos recogidos en la Memoria de la Fiscalía General del Estado sí que comprenden todo el territorio nacional. Esta realidad sugiere que la tasa de enjuiciamiento puede ser incluso menor a la indicada.

En cualquier caso, no existe gran diferencia entre la tasa de enjuiciamiento de los delitos de violación –inferior al 10 %– y la tasa de enjuiciamiento de todos los delitos cometidos, que representa un 11,80%. Sin embargo, la comparación es tramposa. La tasa de enjuiciamiento de todos los delitos está condicionada por los delitos patrimoniales, que son los más denunciados en España y poseen una tasa de enjuiciamiento de un 3,08%. Esta baja proporción de delitos enjuiciados puede tener su origen en la relación previa entre la víctima y el autor de los hechos. Los delitos patrimoniales suelen ser cometidos por desconocidos y puede ser complejo identificar al autor de los hechos durante la fase de instrucción. Sin embargo, los autores de los delitos contra las personas, como en el caso de la violencia sexual, suelen ser personas conocidas para la víctima. Si se compara la tasa del juzgamiento del delito de violación con la de otros delitos contra la persona se identifica una gran diferencia. El 58,25% de las denuncias por delitos contra las personas (delitos contra la vida y delitos contra la integridad física) fueron enjuiciadas.

La reducida tasa de enjuiciamiento de los delitos de violación es coherente con la literatura científica previa, que revela que la mayoría de las denuncias no superan la fase de investigación y no son juzgadas ante un tribunal. En la investigación de BERTOMEU *et altri*, la tasa de condena es ligeramente superior, se enjuiciaron el 11% de los procesos analizados[89]. Igualmente sucede en el estudio de BALLESTEROS y BLANCO, que indica una tasa del 12,60%[90]. En el caso español la proporción de procesos que son enjuiciados es notablemente inferior a los resultados hallados en otros países. Específicamente, en la meta revisión realizada por DALY y BOUHOURS, se indica que la tasa de enjuiciamiento se hallaba entre un 8% y un 32%[91]. En el

89 BERTOMEU RUIZ, A., PEÑACOBA PÉREZ, M., PUJOL ROBINAT, A., SANCHO DE SALAS, M., VIDAL GUTIÉRREZ, C., y XIFRÓ COLLSAMATA, A., *Taxa de condemna en delictes d'agressió sexual*, *Op. cit.*

90 BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO, F., "Impunidad ante las violencias sexuales: análisis sociológico desde un estudio de caso", *Op. cit.*

91 DALY, K. y BOUHOURS, B., "Rape and attrition in the legal process: A comparative analysis of five countries", *Op. cit.*

informe liderado por LOVETT y KELLY sobre delitos de violación en Europa, la tasa de enjuiciamiento promedio se encontraba en un 20%[92].

Finalmente, en lo relativo a la tasa de condena, España presenta una elevada tasa de condena. Desde el año 2000 hasta el 2019, se ha registrado un 84,80% (n=358) de sentencias condenatorias como promedio y un 15,20% (n=68) de absoluciones. Es relevante señalar también en una primera codificación se observó que dentro de las sentencias condenatorias, el 79,90% culminaron con una sentencia por delitos de violación, mientras un 4,90% son condenados, pero por otros delitos sexuales, como abuso sexual con penetración. Resultado que confirma las investigaciones previas sobre delitos sexuales en España, e incluso muestra una tasa de condena más elevada. El estudio de CAZORLA sobre agresiones sexuales grupales muestra un 65,16% de tasa de condena respecto a las denuncias enjuiciadas[93]. La investigación liderada por BALLESTEROS, en la Audiencia Provincial de Madrid indica también un nivel elevado de condena (65%), aunque inferior al resultado de esta investigación[94].

La tasa de condena respecto a los procesos enjuiciados es elevada si se considera el criterio de la "duda razonable" que opera en la valoración de la prueba en los procesos penales. La combinación del principio de "libre valoración de la prueba y la presunción de inocencia" configura una concepción probabilística de la valoración de la prueba en el proceso penal español[95]. Las pruebas a favor y en contra de la inocencia del acusado se pesan de forma asimétrica. No se trata de identificar quién es más creíble –la víctima o el agresor–, sino de comprobar que no existe una duda razonable de la culpabilidad del acusado. En palabras del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 55/1982, de 26 de julio, la presunción de inocencia exige "certeza" sobre la comisión de hechos por los que se acusa para poder dictar una sentencia condenatoria.

Si se compara con investigaciones realizadas en otros países, la tasa de condena respecto a los procesos enjuiciados es sumamente alta. En la meta revisión de DALY y BOUHOURS, esta tasa de condena oscila entre un 47% y un 52%[96]. En Reino Unido el promedio se encuentra en un 43%[97]. En el ámbito europeo, se han identificado tres

92 LOVETT, J y KELLY, L., *Different Systems, Similar Outcomes? Tracking Attrition in Reported Rape Cases in Eleven Countries*, *Op. cit.*

93 CAZORLA GONZÁLEZ, C., "Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencial", *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, núm. 6, 2021.

94 RUBIO-MARTÍN, M. J., BLANCO MORENO, F. y BALLESTEROS DONCEL, E., "¿Qué queda del mito de la violación real? Un estudio de caso basado en análisis de sentencias judiciales", *Revista Española de Sociología*, núm. 31(4), 2022.

95 GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010.

96 DALY, K. y BOUHOURS, B., "Rape and attrition in the legal process: A comparative analysis of five countries", *Op. cit.*

97 KELLY, L., LOVETT, J. y REGAN, L., *Gap or a Chasm? Attrition in Reported Rape Cases*, *Op. cit.*

niveles relativos a la tasa de condena respecto a los procesos enjuiciados[98]. Aquellos con una alta tasa de condena, entre un 85% y un 26%, países con una tasa media de condena, entre un 25% y un 12%, y países con una baja tasa de condena, entre un 10% y un 3%. Como cabe deducir, España se encontraría en el primer grupo, al poseer una alta tasa de condena (84,80%) respecto a los procesos que alcanzan la fase de enjuiciamiento.

En su investigación, LOVETT y KELLY señalaron que era habitual que cuanto más baja fuera la tasa de enjuiciamiento, más alta fuese la tasa de condena, como ocurre en Austria, Alemania y Hungría[99]. España parece hallarse dentro de este patrón de atrición. Más de un 90% de los procesos incoados por delitos de violación finalizaron en la fase intermedia del proceso, con un auto de sobreseimiento dictado por el Juez o Jueza de instrucción. Ahora bien, aquellos procesos que superaron la fase de instrucción culminaron con una sentencia condenatoria en una elevadísima proporción.

A modo de conclusión, es necesario aclarar que no se considera que la condena sea el destino ideal de toda denuncia. Como indican CHOPIN y AEBI, las investigaciones sobre atrición pueden ofrecer una imagen simplista del procedimiento penal, como un filtro donde sólo unos pocos procesos culminan mediante sentencia condenatoria[100]. BRYDEN y LENGNICK destacan que tales planteamientos poseen el riego de concluir que la solución más eficaz sería que cada proceso culminara con una sentencia condenatoria[101]. Esta investigación no sugiere que la condena sea la mejor solución que el proceso puede ofrecer, ni la más eficiente, ni la más eficaz. El diseño del procedimiento penal en España tampoco tiene como objetivo que todas las denuncias culminen con una sentencia condenatoria. Así se aprecia en la regulación de las diferentes fases del proceso penal. En la fase intermedia, se contempla como una opción posible que los hechos denunciados no sean enjuiciados si durante la investigación del delito no se ha identificado información suficiente sobre su criminalidad o sobre su existencia, o sobre la identificación de un autor responsable de los hechos.

Ahora bien, es sorprendente que la tasa de atrición de los delitos de violación sea tan elevada, y de forma específica, que la tasa de enjuiciamiento sea sumamente reducida. En el proceso penal español, la fase intermedia representa el "filtro" más restrictivo. Realidad que no puede imputarse a la imposibilidad de identificar al

98 LOVETT, J y KELLY, L., *Different Systems, Similar Outcomes? Tracking Attrition in Reported Rape Cases in Eleven Countries, Op. cit.*

99 LOVETT, J y KELLY, L., *Different Systems, Similar Outcomes? Tracking Attrition in Reported Rape Cases in Eleven Countries, Op. cit.*

100 CHOPIN, J. y AEBI, M., "The level of attrition in domestic violence: A valid indicator of the efficiency of a criminal justice system?" AEBI, M. y LINDE, A., "Las encuestas de victimización en Europa: Evolución histórica y situación actual", *Op. cit.*

101 BRYDEN, D. y LENGNICK, S., "Criminal law: Rape in the criminal justice system", J*ournal of Criminal Justice and Criminology*, núm. 87(4), 1997, pp. 1194–1384.

responsable de los hechos. Como indica LARRAURI, en la violencia sexual, el autor de los hechos suele ser conocido[102]. Igualmente que en otros delitos cometidos contra las personas, como las lesiones o el homicidio. Se ha evidenciado que en estos delitos más del 50% de las denuncias superaron la fase de instrucción. Una cifra muy distante del porcentaje de delitos de violación que son enjuiciados, inferior al 10%. Es posible deducir que esta realidad se debe a que en la investigación del delito de violación no se identifican indicios de criminalidad de los hechos –que el contacto sexual fue consentido– o que no concurren indicios sobre la existencia del hecho denunciado, es decir, que se ha simulado la violación. Surgen nuevas preguntas ¿cuál es el concepto de consentimiento que poseen los operadores jurídicos que intervienen en la fase de investigación de los procesos penales por delitos de violación? ¿Cuál el valor de la palabra de las víctimas en la instrucción de estos delitos?

Como futuras líneas de investigación, se plantea la posibilidad de profundizar en los resultados obtenidos a través de metodologías cualitativas. En particular, entrevistas y grupos de discusión con diferentes operadores jurídicos que participan en estos procesos. También es recomendable la técnica etnográfica, que implica observación participante junto con entrevistas informales y semiestructuradas para seguir profundizando. Asimismo, en el ámbito de las metodologías cuantitativas, se plantea la necesidad de realizar un seguimiento de procesos (*case tracking*). Dentro de las materias en las que se podría indagar, es vital estudiar los casos que son sobreseídos; y en general, aquellas cuestiones que ayuden a comprender la alta frecuencia de condena y la baja tasa de enjuiciamiento en los delitos de violación en España.

5. BIBLIOGRAFÍA

AEBI, M. y LINDE, A., "Las encuestas de victimización en Europa: Evolución histórica y situación actual", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, 2010, pág. 211-298.

ALBERDI, I. y MATAS, N., *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2002.

ARRANZ LOZANO, F., "Meta-análisis de las investigaciones sobre la violencia de género: El Estado produciendo conocimiento", *Athenea Digital. Revista de pensamiento e investigación social*, núm.15(1), pp. 171–20.

BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO, F., "Impunidad ante las violencias sexuales: análisis sociológico desde un estudio de caso", en PASTOR GOSÁLBEZ, I. y TRUJILLO CRISTOFFANINI, M. (coords.), *La violencia contra las mujeres desde las ciencias sociales: análisis crítico y propuestas para su comprensión*, 2021, pp. 103-126, ISBN 978-84-309-8163-2.

102 LARRAURI, E. "¿Tienen género las garantías del proceso penal?", *Op. cit.*, p.5

BALLESTEROS DONCEL, E. y BLANCO MORENO, F., "Yo sí te creo. Estereotipos sexistas hacia las víctimas de agresión sexual. Un estudio de caso sobre la Audiencia Provincial de Baleares (2018)", *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 4, 2021, pp. 89–108.

BARBERET, R., "Spain", *European Journal of Criminology*, vol. 2, núm. 3, 2005, pp. 341-368.

BARCONS CAMPMAJÓ, M. et al., *Las Violencias sexuales en el estado español: marco jurídico y análisis jurisprudencial*, 2018.

BARONA VILAR, S., "Retrato de la Justicia desde el pensamiento dialógico feminista. ¿Por fin ruptura del petrificado discurso androcéntrico?", en BARONA VILAR., *Claves de la Justicia Penal. Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad y Seguridad*, Valencia, 1.ª ed. 2019;

BERTOMEU RUIZ, A., PEÑACOBA PÉREZ, M., PUJOL ROBINAT, A., SANCHO DE SALAS, M., VIDAL GUTIÉRREZ, C., y XIFRÓ COLLSAMATA, A., *Taxa de condemna en delictes d'agressió sexual,* Àrea d'Investigació i Formació en Execució Penal (CEJFE), Repositori de justícia de la Generalitat de Catalunya, 2017, p. 48.

BLUMSTEIN, A., TONRY, M. y VAN NESS, A., "Cross-national measures of punitiveness", *Crime and Justice*, núm. 33(1), 2005, pp. 347–376.

BRYDEN, D. y LENGNICK, S., "Criminal law: Rape in the criminal justice system", *Journal of Criminal Justice and Criminology*, núm. 87(4), 1997, pp. 1194–1384.

CAMPLÁ, X., *Decisiones judiciales sobre las agresiones sexuales contra mujeres: variables legales y extra-legales*, Tesis doctoral, Universidade de Santiago de Compostela, 2020.

CASADO APARICIO, E., GARCÍA GARCÍA, A. y GARCÍA SELGAS, F., "Análisis crítico de los indicadores de violencia de género en parejas heterosexuales en España", *Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales*, núm. 24, 2012, pp. 163-186.

CAZORLA GONZÁLEZ, C., "Aproximación al perfil criminológico de las agresiones sexuales en grupo: un análisis a partir de su casuística jurisprudencial", *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, núm. 6, 2021.

CEREZO, A. y IZCO, M., "Análisis de las fuentes de datos estadísticos oficiales en materia de violencia de género en España", *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 19(2), 2022.

CHOPIN, J. y AEBI, M., "The level of attrition in domestic violence: A valid indicator of the efficiency of a criminal justice system?", *European Journal of Criminology*, núm. 17(3), 2020, pp. 269-287.

DALY, K. y BOUHOURS, B., "Rape and attrition in the legal process: A comparative analysis of five countries", *Crime and Justice: A Review of Research*, núm. 39, 2010, pp. 565-650.

DE LAMO, I., "La persistencia del patriarcado. Análisis sociolegal sobre la desinstitucionalización de la familia nuclear patriarcal y la evolución de la opresión de las mujeres en el siglo XXI", *IgualdadES, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, núm. 3(5), 2021, pp. 427-459.

DE LAMO, I., *La valoración de la declaración de la víctima como prueba de cargo. Un análisis empírico sobre los procesos penales por delitos de violación (2000-2019)*. Tesis doctoral defendida en la Universidad Carlos III de Madrid, 2023.

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015*, Ministerio de Igualdad del Gobierno de España, 2015.

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, Ministerio de Igualdad del Gobierno de España, 2020.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y GARCÍA ESPAÑA, E., *Encuesta a víctimas en España*, Universidad de Málaga (UMA), Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2009.

DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA, *Violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico. Resultados de una investigación en el Territorio Histórico de Bizkaia*, Bizkaia: Autor, 2006.

ESCOBAR PÉREZ, J. y CUERVO MARTÍNEZ, A., "Validez de contenido y juicio de expertos: una aproximación a su utilización", *Avances en Medición*, núm. 6(1), 2008, pp. 27-36, p.29

ESCOBAR, G., "Extranjeros y prisiones", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 12, 2010, pp. 261–277, p.268.

FEIST, A. ASHE, J., LAWRENCE, J., MCPHEE, D., y WILSON, R., I*nvestigating and Detecting Recorded Offences of Rape*, Home Office Online Report 18/07, Home Office, 2007.

FRANIUK, L. y ROBINSON, S., "The Effects of Victim and Perpetrator Characteristics on Ratings of Guilt in a Sexual Assault Case", *Violence Against Women*, núm. 26(6–7), 2020, pp. 614–635.

FRIEDAN, B., *La mística de la feminidad*, Cátedra, 2018.

FUNDACIÓN EDE. SERVICIO DE INVESTIGACIÓN SOCIAL, *Violencia machista contra las mujeres en la CAPV: Percepción, incidencia y seguridad*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2012.

GAHETE MUÑOZ, S., "Las luchas feministas. Las principales campañas del movimiento feminista español (1976-1981)", I*nvestigaciones Feministas*, núm. 8(2), 2017, pp. 583-601.

GARCÍA SELGAS, F., "La investigación social sobre violencia de género: Una propedéutica", En: MIRANDA LÓPEZ, MARTÍN-PALOMO y MARUGÁN PINTOS (Eds.), *Amor, razón, violencia, Catarata*, Madrid, 2009, pp. 55-84;

GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010.

GIMÉNEZ-SALINAS, A. y PÉREZ RAMÍREZ, M. "La trazabilidad de los datos oficiales sobre delincuencia en España", *Revista Española De Investigación Criminológica*, núm. 19(2), 2022.

HEISKANEN, M., VAN DER BRUGGE, W. y JEHLE, G., Aims of the project, En: HEISKANEN, M. et al. (eds), *Recording Community Sanctions and Measures and Assessing Attrition: A Methodological Study on Comparative Data in Europe*, HEUNI, Helsinki, 2014, pp. 15–22.

HOHL, K. y STANKO, E., "Complaints of rape and the criminal justice system", *European Journal of Criminology*, vol. 12, núm. 3, 2015, pp. 324-341.

INSTITUTO ARAGONÉS DE ESTADÍSTICA, *Macroencuesta sobre violencia contra las mujeres en Aragón, Instituto Aragonés de la Mujer*, Zaragoza, 2006.

JEHLE, J.-M., "Attrition and conviction rates of sexual offences in Europe: Definitions and criminal justice responses", *European Journal of Crime Policy and Research*, núm. 18(1), 2012, pp. 145–161.

KELLY, L., LOVETT, J. y REGAN, L., *Gap or a Chasm?: Attrition in Reported Rape Cases*, Home Office Research Study 293, Home Office Research Development and Statistics Directorate, Londres, Reino Unido, 2005.

LARRAURI, E., "¿Tienen género las garantías del proceso penal?", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2023, pp. iv-viii.

LARRAURI, E., "Cinco reflexiones feministas en torno al proceso penal", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2022, pp.149-162.

LEA, S. J., LANVERS, U. y SHAW, S., "Attrition in rape cases: Developing a profile and identifying relevant factors", *British Journal of Criminology*, núm. 43(3), 2003, pp. 583–599.

LINDE, A. y SUMMERS, L., "Fuentes de datos para la investigación de la delincuencia en España", *Revista Española De Investigación Criminológica*, núm. 19(2), 2021, pp. 1–20.

LOVETT, J. y KELLY, L., *Different Systems, Similar Outcomes? Tracking Attrition in Reported Rape Cases in Eleven Countries*, London Metropolitan University, Londres, 2011.

MACKINNON, C., *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1989.

MATSUDA, M., "Looking to The Bottom: Critical Legal Studies and Reparations", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, núm. 22, 1987, pp. 323-399.

PALMA HERRERA, J. M., "El sistema estadístico de criminalidad y su eficacia en el estudio de la conexión entre criminalidad organizada e inmigración en España", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 14-r1, 2012. ISSN 1695-0194

PERNAS RIAÑO, B., "Legislar la intimidad, investigar el Derecho", En: DE LAMO, I. (ed.), *Lo personal es jurídico. Apuntes para pensar el Derecho desde la Teoría Feminista*, Atelier, Barcelona, 2023, pp.15-22.

PERNAS, B., OLZA, J. y ROMÁN, M., *El acoso sexual en el trabajo en España*, Paralelo Edición, Madrid, 2000.

RED2RED y PERNAS RIAÑO, B., *El estado de la cuestión en el estudio de la violencia de género*, Violencia de Género, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2011.

RUBIO-MARTÍN, M. J., BLANCO MORENO, F. y BALLESTEROS DONCEL, E., "¿Qué queda del mito de la violación real? Un estudio de caso basado en análisis de sentencias judiciales", *Revista Española de Sociología*, núm. 31(4), 2022.

SALANUEVA, O. y ZAIKOSKI, D., *Violencia sexual y discurso jurídico. Análisis de sentencias penales en casos de delitos contra la integridad sexual*, Editorial de la Universidad Nacional de La Pampa, 2015.

SCALES, A., "Feminist Legal Method: Not So Scary", *UCLA Women's Law Journal*, vol. 2, núm. 0, 1992, pp. 1-35.

SINCLAIR, O. "The attrition problem: The role of police officer's decision making in rape cases", *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, vol. 19, núm. 3, 2022.

SMART, C., "La búsqueda de una teoría feminista del derecho", *Delito y sociedad*, vol. 11-12 1998, pp.105-124.

TEMKIN y KRAHÉ, *Sexual assault and the justice gap: a question of attitude*, Hart Publishing, Oxford y Portland, Oregon, USA, 2008.

TEMKIN, J., "Prosecuting and Defending Rape: Perspectives from the Bar", *Journal of Law and Society*, núm. 27(2), 2000, pp. 219–248.

THORNTON, M., "Feminist jurisprudence: illusion or reality? ", *Australian Journal of Law and Society*, vol. 35, 1986, pp. 29-35.

TOLEDO VÁSQUEZ, P. y PINEDA LORENZO, M., *Abordatge Violencias Sexuals a Catalunya*, Creación Positiva, 2016.

WALBY, S., ARMSTRONG, J. y STRID, S., "Developing measures of multiple forms of sexual violence and their contested treatment in the criminal justice system", En: BROWN, J. M. y WALKLATE, S. L. (eds), *Handbook on Sexual Violence*, Routledge, Londres, 2011, pp. 90–113.

Gestación subrogada. Consecuencias jurídicas y legislativas de la Directiva Europea 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo

Surrogacy. Legal and legislative consequences of European Directive 2024/1712 of the European Parliament and of the Council

MARÍA ANGUSTIAS ALCÁZAR ESCRIBANO

Profesora Asociada de Derecho Penal

Universidad de Castilla La Mancha (España)

angustias.alcazar@uclm.es

https://orcid.org/0009-0000-1747-5924

Resumen: La gestación por subrogación, comúnmente conocida como «vientre de alquiler», no es una práctica nueva, sin embargo, y a pesar de sus conflictos éticos y su prohibición legal en España y en la mayor parte de los países europeos, está en alza. Ante esta situación, la Unión Europea, a falta de una postura común legal ante esta práctica, ha determinado, a través del Consejo y del Parlamento Europeo considerar, explícitamente como trata de seres humanos la explotación de la gestación subrogada cuando se coaccione o engañe a las mujeres para que actúen como madres sustitutas. Esto abre una discusión jurídica respecto a cuáles son los derechos en juego y cuál debe ser la regulación legal y, en su caso, penal que, en este artículo trataremos de abordar desde la acción que se trata de sancionar, sin profundizar sobre el resto de los elementos del tipo penal que requeriría de un estudio más pormenorizado. Además, evidenciaremos la política de hechos consumados que, desde la órbita civil, validan esta práctica al entrar en conflicto con el interés del menor y que invita a reflexionar sobre la situación actual.

Recepción: 15/10/2024 Aceptación: 13/12/2024

Cómo citar este trabajo: ALCÁZAR ESCRIBANO, María Angustias, "Gestación subrogada. Consecuencias jurídicas y legislativas de la Directiva Europea 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 309-345, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.09

Abstract: *Surrogacy, commonly known as renting a womb, is not a new practice, however, and despite its ethical conflicts and its legal prohibition in Spain and in most european countries, it is on the rise. Faced with this situation, the European Union, in the absence of a common legal position on this practice, has determined, through the Council and the European Parliament, to explicitly consider the exploitation of surrogacy as human trafficking when women are coerced or deceived into acting as surrogate mothers. This opens a legal discussion regarding what rights are at stake and what should be the legal and, where appropriate, criminal regulation. In this article, we will try to address the action that is being sanctioned, without going into the rest of the elements of the criminal type that would require a more detailed study. In addition, we will highlight the policy of accomplished facts that, from the civil orbit, validate this practice by entering into conflict with the interest of the minor and that invites us to reflect on the current situation.*

Palabras clave: gestación subrogada, trata de seres humanos, género, coacción, delito.

Keywords*: surrogacy, human trafficking, gender, coercion, crime.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA GESTACIÓN SUBROGADA. APROXIMACIÓN A UNA PRÁCTICA CUESTIONADA. 3. LA EXPLOTACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO TRATA DE SERES HUMANOS. 4. LA COACCIÓN, EL ENGAÑO Y EL CONSENTIMIENTO, ¿ELEMENTOS PARA TIPIFICAR LA GESTACIÓN SUBROGADA DE FORMA AUTÓNOMA O INCLUIDOS EN ELLA?. 5. CONSECUENCIAS DE LAS INSCRIPCIONES DE BEBÉS PROCEDENTES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA Y LEGITIMACIÓN POR HECHOS CONSUMADOS. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, TRA),-versión revisada en el año 2010-, realizada por miembros del *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en colaboración con organizaciones médicas de salud reproductiva citadas en el mismo[1], recoge el término "Gestante subrogada" como aquella mujer que lleva adelante un embarazo acordando que entregará el bebé a los padres previstos, pudiendo originarse de los gametos de los padres previstos y/o de terceros. Del mismo modo, como TRA incluye, entre los tratamientos o procedimientos posibles, el útero subrogado. Posteriormente

1 ZEGERS-HOCHSCHILD, F. *et al.*, *The ICMART glossary on ART terminology. Hum Reprod*, v. 14 nº2, april-may-june, 2010. pág. 21.

la OMS se desvinculó de este Glosario, eliminándolo de su página web de información[2], no obstante, sigue apareciendo publicado por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en nuestro país[3].

La inclusión como TRA en el Glosario es uno de los argumentos que esgrimen los defensores la gestación subrogada, (en adelante, GS), para su legalización en nuestro país. Una legislación, la nuestra, que la prohíbe en la Ley Orgánica 1/23 de 28 de febrero de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que modifica la ley 2/2010 de 3 de marzo[4], en su art. 32 en consonancia con lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRA)[5] y que declara "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 con lo dispuesto en el Código Civil (en adelante, CC) respecto al objeto de los contratos"[6]. Sin embargo, y a pesar de su total prohibición, la propia LTRA dispone que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto" en el mismo artículo que lo prohíbe.

---

2 *Vid:* https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/ (Consulta: 24/09/2024).

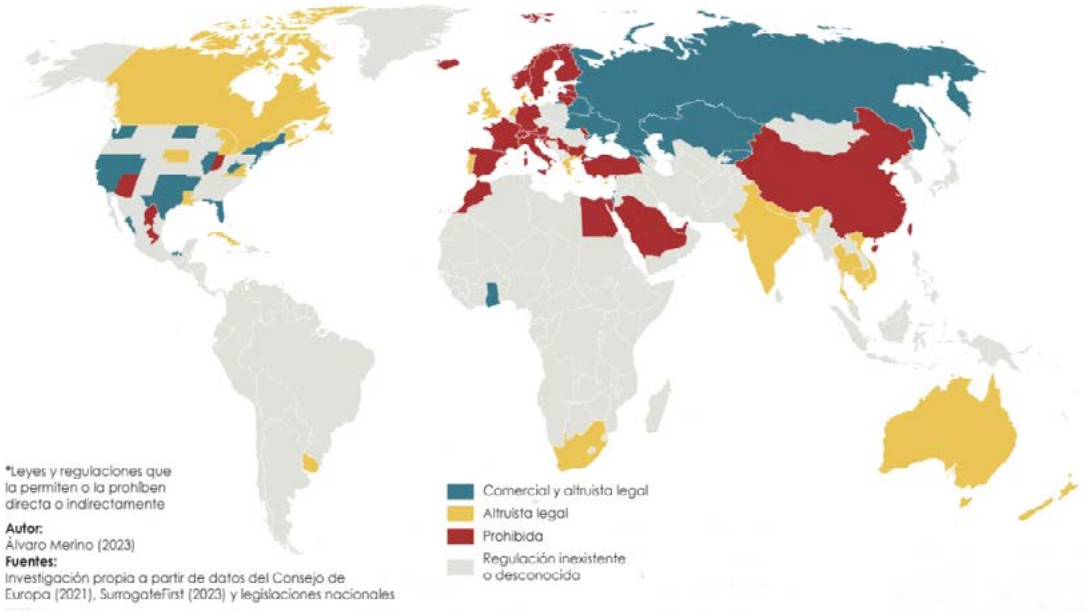
3 Publicada en la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida: https://cnrha.Sanidad.gob.es/ documentacion/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Asistida_TRA.pdf. (Consulta: 24/09/2024).

4 Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023, págs. 30334-30375. Art. 32. "Prevención de la gestación por subrogación o sustitución. 1. La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda 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. 2. Se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del 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". Además, recoge el art. 33: "Prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución. En coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del art. 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, las administraciones públicas legitimadas conforme al art. 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese".

5 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006, págs. 19947-19956. Art. 10. "Gestación por sustitución. 1. 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. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

6 Art. 1271 CC: Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. BOE-A-1889-4763. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889, págs. 249-259.

La situación jurídica de la GS en el mundo es la siguiente:



Fuente: El mapa de la gestación subrogada en el mundo. Disponible en: El Orden Mundial[7]

En el ámbito europeo, no hay consenso sobre la prohibición o permisividad de la GS. La situación actual podemos observarla en el siguiente cuadro:

País	Normas de acceso a la gestación subrogada	Extranjeros	Altruista o compensado
Albania	No hay leyes definitivas	✓	Compensado
Austria	Prohibido para todos	✗	-
Bélgica	Disposiciones nulas e inejecutables	✗	-
Bulgaria	Prohibido para todos	✗	-
Croacia	Prohibido para todos	✗	-
Chipre	No hay leyes definitivas	✗	-
República Checa	Disposiciones nulas e inejecutables	✗	-
Dinamarca	Prohibido para todos	✗	-
Estonia	Prohibido para todos	✗	-
Finlandia	Prohibido para todos	✗	-
Francia	Prohibido para todos	✗	-
Alemania	Prohibido para todos	✗	-

7 El Orden Mundial es un medio independiente de análisis internacional divulgativo de referencia en español. En: https://elordenmundial.com/mapas-y-graficos/mapa-gestacion-subrogada-mundo/?fbclid=Iw Y2xjawF3cfxleHRuA2FlbQIxMAABHRXeaZP_tPmcEq_Xb6-NxhMYCrcLnI93j601_oRET98XzidGPZ O0UJ83zg_aem_x 1CQmOLoC09HHRpKPiWbfw (Consulta: 25/09/2024).

Georgia	Parejas heterosexuales, incluidos los extranjeros	✓	Compensado
Grecia	Parejas heterosexuales y mujeres solteras, incluidos los extranjeros	✓	Altruista
Hungría	Prohibido para todos	✗	-
Irlanda	Disposiciones nulas e inejecutables pero bajo revisión	✗	-
Italia	Prohibido para todos	✗	-
Letonia	Prohibido para todos	✗	-
Lituania	Prohibido para todos	✗	-
Luxemburgo	Prohibido para todos	✗	-
Malta	Prohibido para todos	✗	-
Países Bajos	Disposiciones nulas e inejecutables	✗	Altruista
Noruega	Prohibido para todos	✗	-
Polonia	Prohibido para todos	✗	-
Portugal	Parejas heterosexuales con necesidad médica	✓	Altruista
Rumania	Prohibido para todos	✗	-
Rusia	Permitido para locales y extranjeros	✓	Compensado
Eslovaquia	Prohibido para todos	✗	-
Eslovenia	Prohibido para todos	✗	-
España	Prohibido para todos	✗	-
Suecia	Prohibido para todos	✗	-
Suiza	Prohibido para todos	✗	-
Reino Unido	Sólo se permite a los nacionales del Reino Unido	✗	Altruista
Ucrania	Parejas casadas heterosexuales, incluidos los extranjeros	✓	Compensado

Datos facilitados por *Families Through Surrogacy* (septiembre 2017)[8]

Dentro de dicha relación de países, además de España, algunos prohíben la GS, en la mayoría de los casos, con consecuencias penales. Entre ellos, Alemania (Ley de Protección del Embrión, 1990)[9]; Bulgaria (Código Penal, 1968)[10]; Francia (Código

8 *Vid:* https://es.euronews.com/2018/09/13/donde-en-europa-es-legal-la-gestacion-subrogada (Consulta: 25/09/2024).

9 *Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2746), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. November 2011 (BGBl. I S. 2228).* El Art. 1.7, castiga con penas de prisión de hasta tres años o de una multa esta práctica. Disponible en: http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/ESchG.pdf.

10 *Наказателен Кодекс (ДВ, бр. 26/1968, изменен до 27.05.2011 г.).* El art.182a.3 castiga con prisión de hasta dos años y multa de hasta tres mil BGN a la mujer que acepta llevar un niño en su seno con el fin de entregarlo en adopción. Si el acto se vuelve a cometer, la pena será de prisión de hasta tres años y multa de hasta cuatro mil BGN. El Art.182. b.1. castigará también a la mujer que haya consentido en la venta de su hijo en el país o en el extranjero con prisión de uno a seis años y multa de cinco años y de mil a quince mil BGN. El castigo previsto en el párrafo 1 también se impone a la mujer embarazada que consiente en la venta de su hijo antes de su nacimiento. Disponible en: https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/ 21816.

Penal, 1791)[11]; Italia (Ley nº 40/2004, 19 de febrero, 2004)[12]; Austria (Ley 275, 4 de junio,1992, sobre medicina reproductiva FMedG y reforma del CC General, la ley del matrimonio y la norma jurisdiccional)[13]; Suiza (Constitución Federal, 2006)[14]; o Suecia (Ley 251, 18 de mayo, 2006, sobre integridad genética)[15]. Otros la permiten en determinados casos, de forma altruista, como Portugal ((Ley nº 90/2021, 16 de diciembre, que modifica la ley nº 32/2006, 26 de julio, que regula la procreación medicamente asistida)[16]; Reino Unido (Ley de Maternidad Subrogada, 1985)[17]; o

---

11 *Code pénal* (*version consolidée au 1 janvier 2014*). Art. 227.12 castiga con un año de prisión y 15.000 euros de multa, tanto a los intermediarios con parejas o éstas y a la mujer que acepta llevar a este niño dentro de sí. Si, además, se cometieren habitualmente o con ánimo de lucro, las penas se incrementan al doble. Del mismo modo se pena la tentativa, con las mismas penas. Disponible en: https://wipolex-res. wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/fr/fr444fr.html.

12 *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. L. 19 febbraio 2004, n. 40. Pubblicata nella Gazz. Uff.* 24 *febbraio 2004, n. 45*. En su art. 12.6 castiga la maternidad subrogada de cualquier interviniente con pena privativa de libertad de tres meses a dos años y con multa de 600.000 a un millón de euros. Disponible en: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/02/24/004G0062/sg.

13 275. *Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizingesetz — FMedG) sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geändert werden. 105. Stück — Ausgegeben am 4. Juni 1992 — Nr. 275*. El art. 2.3 de la Ley federal sobre reproducción asistida, determina que los ovocitos y embriones solo pueden ser utilizados en la paciente de la que proceden. Puede constituir infracción administrativa castigada con multa de hasta 500.000 S y pena de prisión sustitutiva de hasta 14 días. Disponible en: https:// www.ris.bka.gv.at/ Dokumente/BgblPdf/1992_275 _0 /1992 _275_0.pdf.

14 *Constituziun federala da la Confederaziun svizra, dals 18 d'avrigl 1999* (*versiun dals 3 da mars 2024*). El art. 119.2.d. prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución, también por el art. 4 de la Ley Federal sobre procreación médicamente asistida de 1998 (reformada en 2006), que expresamente prohíbe la GS en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito). Disponible en: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/rm.

15 *Lag* (2006:351) *om genetisk integritet m.m., 18 maj*. En su capítulo 8, art. 6, castiga la GS con multa o prisión de hasta dos años, si bien refiere cuando se haga con ánimo de lucro la transmisión de material genético. En 2013 se propuso la autorización para cuando, de forma altruista, se permitiera en el ámbito familiar, sin embargo, tras el Informe Wendel (2016), se reconoce que no es posible garantizar el altruismo ante la demanda creciente, recomendándose que quedase prohibida. Disponible en: https://www. riksdagen. se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/ lag-2006351-om-genetisk-integritet-m. m_sfs-2006-351/# K8 y http://www.ionainstitute.ie/ swedish-report-calls-for-total-ban-on-surrogacy/.

16 *Lei n.º 90/2021 de 16 de dezembro Altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho*, que regula *a procriação medicamente assistida. Diário da República n.º 242/2021, Série I de 2021-12-16*, págs. 13-16. En su art. 8.2 establece que se admitirá con carácter excepcional y gratuito, en los casos de ausencia de útero, lesión o enfermedad de este órgano u otra situación clínica que impida absoluta y definitivamente el embarazo de la mujer. Disponible en: https://diarioda republica. pt/dr/detalhe/lei/90-2021-175983728.

17 *Surrogacy Arrangements Acts 1985; Adoption and Children Act 2002; Human Fertilisation and Embryology Act* 1990 modificada por *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*; *or Fertilisation and Embryology (Parental order) Regulations 2010*. La ley de maternidad subrogada de 1985 solo asume un tipo de servicio para parejas heterosexuales y homosexuales, pero debe ser un proceso altruista y no permite que la gestante aporte sus óvulos, para no tener vínculo genético con el bebé. Limita a los extranjeros, ya que uno de los dos miembros de la pareja debe residir allí para poder beneficiarse. Están excluidas las personas solteras. Garantiza los derechos de filiación de la madre, teniendo 6 meses para renunciar a ella. Disponible en: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49 y en:

Grecia[18] (art. 1458 del CC). En estos dos últimos países, a pesar de prohibirse de forma comercial, se permite una compensación económica a la madre gestante. En Reino Unido, esta compensación económica, si se da, cubriría los gastos derivados del embarazo, incluidos, gastos de ropa, viajes, costes médicos, costes del embarazo y pérdida de ingresos para la madre gestante. En Grecia se da por la pérdida de salarios y por los gastos del embarazo, prohibiéndose por Ley que se compense a la gestante con más de 12.000 €, pudiéndose multar a los padres o imponer una pena de cárcel en caso de incumplimiento. La diferencia entra ambos países es que, mientras en Grecia el consentimiento otorgado por la madre gestante es irrevocable, en el Reino Unido el bebé es de la madre gestante a quien, además, se le da un tiempo de reflexión tras el parto por si decide no entregarlo.

Donde sí se permite completamente la GS es en Rusia (Código de Familia de la Federación de Rusia, 1995; Ley federal sobre los fundamentos de la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, 2011, publicada en enero de 2012)[19] o Ucrania (Código de Familia, 2002)[20]. Respecto a este último, es el país europeo con la legislación más sólida y favorable a la GS, imposibilitando que la madre gestante

---

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/ 2008/22/contents.

18 *Νόμος 3089/2002 "Ιατρική βοήθεια στην ανθρώπινη αναπαραγωγή" (ΝΟΜΟΣ ΥΠ' ΑΡΙΘ. 3089 ΦΕΚ Α 327/23.12.2002) που τροποποιεί τα άρθρα 1458 και 1464 ΑΚ, τροποποιήθηκε με αριθμό νόμουνόμο 3305/2005; αριθμός νόμου 4272/2014; και αριθμός νόμου 4958/2022*. La Ley 3089/2002 que modifica los arts. 1458 y ss del CC griego, modificada por Ley 3305/2005; Ley 4272/2014; y por la Ley 4958/2022, permite sólo la maternidad subrogada de forma altruista, siempre que la madre gestante sea residente permanente o temporal en Grecia. Es legal para parejas heterosexuales y mujeres solteras que no pueden tener hijos, pero se necesita un certificado de infertilidad y el consentimiento por parte de un tribunal. Disponible en: https://www.e-nomothesia.gr/kat-ygeia/tekhnete-gonimopoiese/n-3089-2002.html.

19 *Код Семьи Российской Федерации 1995; Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан Российской Федерации» 2011 г., опубликованный в январе 2012 г.; Закон о федеральном реестре актов гражданского состояния 1997 года и приказ министра № 67. Минздрава РФ о применении методик. Вспомогательная репродукция в лечении женского и мужского бесплодия, 2003*. Código Familias de la Federación de Rusia 1995; Ley federal sobre los fundamentos de la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, de 2011, publicada en enero de 2012; Ley Federal de Registro Civil de 1997 y Orden Ministerial N° 67. En Rusia, para ser gestante se requiere tener entre 20 y 35 años; haber tenido al menos un hijo propio sano; y tener buena salud. Si está casada, necesita el consentimiento de su marido. La Federación rusa sólo admite la maternidad subrogada gestacional, prohibiéndose así a la gestante que aporte su propio material genético. Solo pueden optar a la GS, las parejas heterosexuales casadas y no casadas, así como las mujeres solas. No se regula el pago, si bien se estima que el coste puede estar entre 50.000 y 80.000 €. Disponible en: https://babygest.com/es/rusia/.

20 *СІМЕЙНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ, 2002*. El Código Familiar de Ucrania, art. 123.2 (modificado por la Ley N° 3760-VI del 20/09/2011). La pareja que solicite la GS ha de estar casada y han de ser incapaces de concebir, o de llevar un embarazo, o de dar a luz de forma natural. Además, para ser registrados como padres legales, deben presentar ante el registro un certificado que determine que el material genético utilizado pertenece al menos, a uno de ellos, hecho que supone un requisito legal para reconocer la filiación. En cuanto a la gestante, ha de ser adulta, competente, haber tenido mínimo un hijo propio y sano, buena salud y sin contraindicaciones médicas Puede ser casada, si bien en este caso, ambos cónyuges deben otorgar consentimiento. Disponible en: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text.

pueda quedarse con el bebé y permitiendo también la selección del sexo mediante el diagnóstico genético preimplantacional. El proceso costaría entre los 26.000 y los 60.000 €, incluidos los pagos a la madre gestante. Hasta el inicio de la invasión rusa y posterior conflicto bélico, era uno de los países más recurrentes para realizar la GS.

Ante esta disparidad legislativa, la Unión Europea (en adelante, UE), en el Parlamento Europeo, el 30 de noviembre de 2015, con motivo de la emisión del "Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el mundo 2014", condenaba la GS por ser contraria a la dignidad humana de la mujer, pidiendo que se examinara con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos[21]. No obstante, fue en 2024, el 23 de enero, cuando el Consejo y el Parlamento Europeo llegaron a un acuerdo provisional para incluir la GS como una figura delictiva dentro de la trata de seres humanos (en adelante, TSH). Como consecuencia de ello, el 13 de junio vio la luz la Directiva (UE) 2024/1712 (en adelante, DE1712) del Parlamento Europeo y del Consejo[22], 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, sin perjuicio de las normas nacionales sobre maternidad subrogada, incluido el Derecho penal o el Derecho de familia.

Paralelamente, continúan los trabajos de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) que, además de estudiar cuestiones de derecho internacional privado sobre la filiación legal de los niños y los acuerdos internacionales de GS, también refiere la necesidad de eliminar los casos de TSH, incidiendo en evitar que las mujeres se ofrezcan a ser gestantes solo por no tener recursos económicos, como recogió la quinta reunión celebrada del 29 de enero al 1 de febrero de 2019. El Grupo de Expertos publicó su informe en noviembre de 2022 para el Consejo de Asuntos Generales y Políticas (CGAP). El trabajo del Grupo de Expertos concluyó después que publicaría su Informe Final, en el que siguen trabajando[23].

En este contexto, considerando los derechos y bienes jurídicos que pueden verse afectados, trataremos de analizar si tras la DE1712, deben producirse cambios legales en nuestro país en el ámbito penal, para asegurar, según qué acciones deben ser susceptibles de sanción. Además, reflexionaremos si, a raíz de las últimas sentencias de reconocimiento de filiación, consecuencia de la GS, se está produciendo, desde el ámbito civil, una cierta legitimación de esta práctica. Todo ello porque, prohibir una conducta

21 INFORME A8-0344/2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto. 30.11.2015-(2015/2229(INI)). En: https:// www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.html?redirect (Consulta: 24/09/2024).

22 DOUE núm. 1712, de 24 de junio de 2024, págs. 1-13.

23 HCCH. *Vid*: https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy (Consulta: 20/09/2024).

dentro del territorio propio, pero aceptar después la evidencia de que los ciudadanos del mismo han acudido fuera de las fronteras para conseguir un hijo, violando la legislación propia, podría resultar la "aceptación tácita del acto infractor" o bien sembrar el camino para su regulación por hechos consumados[24]. No olvidemos, además, que, como recoge HELBLE, cualquier negligencia que ocurra en el extranjero, debe resolverse en el país de la contratante, lo que supone un esfuerzo de los servicios públicos[25].

2. LA GESTACIÓN SUBROGADA. APROXIMACIÓN A UNA PRÁCTICA CUESTIONADA

La GS o por sustitución, es la gestación que se pacta mediante un contrato, con o sin precio, en el que la mujer gestante renuncia a la filiación materna del futuro hijo a favor del contratante o de un tercero[26]. En la GS el embrión se forma "con espermatozoides donados que fecundan los óvulos de la gestante subrogada o los óvulos de una donante. El embrión se implanta en el útero de la gestante subrogada, quien continúa el embarazo hasta que nace el bebé"[27], siendo la más cuestionada aquella en la que la madre gestante o ambos no guardan ninguna relación genética con el producto de la gestación.

La utilización del cuerpo femenino, sólo para concebir, no es una práctica actual o desconocida a lo largo de la historia. Sus orígenes ya se recogían en la Biblia[28], documentándose como práctica en el Código de Hammurabi babilonio, en el que se ofrecían esclavas a los maridos de mujeres estériles[29]. En los países orientales tampoco fue ajena, siendo similar a las recogidas en la Biblia. En la antigua China, un hombre podía "tomar prestado el vientre de una mujer para producir descendencia" con el fin de continuar su linaje familiar[30] y en Japón se llevaba a cabo la práctica

24 DEONANDAN, R. *et al.,* "Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism", *Journal of Medical Ethics,* 38, 2012, pág.1742.

25 HELBLE, M., "The movement of patients across borders: challenges and opportunities for public health", *Bulletin of World Health Organization,* 89, 2011, pág. 70.

26 *Vid:* https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/ familia/menores/gestacion-sustitucion.html#-ad423719bbbd (Consulta: 22/09/2024).

27 *Vid:* Instituto Nacional del Cáncer de EEUU (NIH). En: https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones /diccionarios/diccionario-cancer/def/embarazo-subrogado (Consulta: 25/09/2024).

28 Génesis 16: 2-16: La mujer de Abraham, Sarai, incapaz de tener descendencia. le pide a su marido que su esclava Agar conciba; Génesis 30: 2-9: Raquel, mujer de Jacob, siendo estéril, intenta que sea su criada Bilhá quien conciba.

29 Conjunto de 282 leyes inscritas en una piedra por el rey de Babilonia Hammurabi (r. 1795-1750 a.C.).

30 DING, C., "Surrogacy litigation in China and beyond", *Journal of Law and the Biosciences,* 2, (1), pág. 33.

denominada *mekake-bouko,* según la cual, las mujeres solteras dedicadas al servicio doméstico, tenían el deber de dar descendencia, entregando al bebé si terminaban sus servicios y abandonaban la casa[31].

También se ha recurrido a ella en el mundo occidental. El caso más conocido fue el proyecto *Lebensborn* o Fuente de vida, puesto en marcha por el régimen nazi en Alemania en los años 30 con el objetivo de que los oficiales de las SS tuvieran descendencia aria. Las mujeres solteras seleccionadas, normalmente en los países ocupados, debían tener el pelo rubio, ojos azules y una altura y un peso específicos, siendo separadas de sus hijos tras nacer[32]. Ya en época reciente, la GS tuvo sus inicios en Estados Unidos (EEUU), durante la década de los 70 aportando la gestante los gametos, haciéndose uso de la inseminación artificial a través de una agencia llamada *Surrogate Family Service Inc*. Tras la aparición en 1978 de la fertilización in vitro, se produjo, ya si, la primera GS en 1984, cuando los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al útero de una mujer que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética[33].

Sobre su aplicación y su posible legalidad o ilegalidad, podríamos disertar largo y tendido. No es nuestra intención hacer un juicio moral al respecto, sino, en aplicación de los derechos reconocidos tanto a nivel internacional como nacional, determinar si su práctica debe ser objeto de regulación legal. En este sentido, partiremos de los argumentos de quienes piensan que debe permitirse, fundando su petición al considerarla una garantía de los Estados como servicio público en virtud de un posible derecho a la paternidad y maternidad y de la libre autonomía personal; y los de los que sostienen que no puede considerarse su uso como TRA, atendiendo al derecho a la dignidad de la mujer y a la no cosificación de su cuerpo.

Sobre el derecho a ser padre o madre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 16.1 recoge el derecho a fundar una familia, -también a contraer matrimonio-[34], sin que crear una familia sea sinónimo de reproducirse. Es más, el concepto de familia no se basa sólo en la tenencia de unos hijos por la llamada "vía natural", ni siquiera en la tenencia de unos hijos[35]. En el mismo sentido los

---

31 YANAGIHARA, Y., "The practice of surrogacy as a phenomenon of 'bare life': An análisis of the Japanese case applying Agamben's theory", *Current Sociology Monograph,* 69, (2), pág. 233.

32 TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., "Los derechos humanos de los hijos de los soldados alemanes tras la Segunda Guerra Mundial. El caso de Noruega", *Anuario español de derecho internacional*, vol. 35, 2019, págs. 190 y 191.

33 LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 20; UTIAN, W. H., *et al*., "Successful pregnancy after in vitro fertilization-embryo transfer from an infertile woman to a surrogate", *New England Journal of Medicine*, nº 313, 1985, págs. 1351-1352.

34 Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948. Disponible en: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights.

35 Familia: grupo de personas vinculadas por relaciones de matrimonio, parentesco, convivencia o

arts. 9 y 33 de la Carta Europea de los Derechos Humanos (CDFUE)[36]; el art. 23.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[37]. Nuestra Constitución (en adelante, CE)[38], art. 39.1, no habla de un derecho a la paternidad o maternidad, ni siquiera a la reproducción, refiriéndose a la protección a la familia, determinando en el apartado 2 la protección a los hijos y a las madres cualquiera que sea su estado civil, garantizando la investigación de la paternidad, y en su apartado 3, la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Junto con esos derechos reconocidos a fundar una familia y a la protección de la misma, se protege el derecho a la privacidad, prohibiendo las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y en su familia, pero insistimos, no un derecho a procrear (art. 7 CDFUE; art. 17 PIDCP; art. 18 CE). Todo ello porque procrear, ya sea hombre o mujer, en su aspecto biológico, es "engendrar un individuo de su misma especie"[39], aunque en la mujer esté ligado a la fertilidad femenina como capacidad de la mujer para concebir un hijo y llevar a término el embarazo durante 9 meses[40]. Este aspecto solo biológico, impediría, sin otra reflexión, que siendo infértil no pudiera impetrar ese derecho a reproducirse. No obstante, tanto para la mujer como del hombre, la reproducción es considerada no sólo un acto biológico o fisiológico, sino algo más allá del hecho objetivo de la procreación. Todos los convenios internacionales que hablan del derecho a la reproducción, vistos y que veremos, lo recogen como un compromiso responsable de los hombres y mujeres que han decidido procrear con el hijo o hija resultado del mismo. Reproducirse es una decisión libre que puede

afinidad. Fuente: https://www.rae.es/ (Consulta: 28/09/2024).

36 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). DOUE 18.12.2000. Art. 9: "Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio". Art. 33 "Vida familiar y vida profesional 1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social". Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

37 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el art. 49. Art. 23: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello". Disponible en: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-ci vil- and-political-rights.

38 Constitución Española 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Art. 39: "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad".

39 Fuente: https://dle.rae.es/ (Consulta: 30/09/2024).

40 Fuente: https://www.reproduccionasistida.org/ (Consulta: 30/09/2024).

ejercerse o no. Por tanto, la incapacidad para gestar de una mujer o de engendrar de un hombre, no genera un derecho a procrear, tampoco debe entenderse como una discriminación respecto a quién si puede, ni como una obligación para los poderes públicos que deban solventar a toda costa, más allá de poner a disposición de quienes lo soliciten, los avances científicos en materia reproductiva, siempre respecto a sus propios cuerpos y con respeto a los derechos humanos.

Los derechos reproductivos, recogidos por primera vez en sendas conferencias internacionales como fueron la Conferencia del Cairo sobre población y Desarrollo del (CIPD) de 1994[41] y la Conferencia sobre la Mujer de Beijing de 1995[42], tampoco otorgan el derecho a procrear a toda costa. La primera, respecto a los derechos reproductivos tanto del hombre como de la mujer, reconoce la capacidad de procrear y la libertad de hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia, siempre atendiendo a la salud sexual. Por otro lado, y en relación con la salud reproductiva, hace referencia a la necesidad de poder recurrir a todos los "métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva", sin embargo, no abre las puertas a la intervención en otro cuerpo ajeno, sino a la propia salud reproductiva, insistiendo en la conformidad de dichos métodos con los derechos humanos. Derecho de acceso a los métodos y técnicas que ayuden en la salud reproductiva, al igual que a obtener información para poder acceder a la planificación de la familia de su elección, siempre que no estén legalmente prohibidos. Permitir cualquier técnica sólo para lograr el fin deseado convertiría la medicina reproductiva en un producto de consumo, denominado por algunos autores como "medicina del deseo"[43], y por tanto provocaría la mercantilización de la misma[44], y transformaría a los agentes sanitarios en proveedores de un producto[45].

La Conferencia de Beijing, en este caso respecto a la mujer, reconoce su derecho a controlar todos los aspectos relacionados con su salud, especialmente, en lo relativo a su fecundidad, debiendo garantizar los Estados la atención a la salud y promover la salud sexual y reproductiva de la mujer y su educación[46], no limitado a lo antes

---

41 Naciones Unidas, A/CONF.171/13/Rev.1, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Disponible en: https://www.un.org/es/conferences/population/cairo1994.

42 Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 4 al 15 de septiembre de 1995, Beijing, China. Disponible en: https://www.un.org/es/conferences/women/beijing1995.

43 LÓPEZ GUZMÁN, J., "Dimensión económica de la maternidad subrogada ("habitaciones en alquiler")", *Cuadernos de Bioética* XXVIII 2ª, 2017, pág. 209; SPAR, D., "Reproductive tourism and the regulatory map", *N Engl J Med* 352, 6, 2005, págs. 531-533.

44 HELBLE, M., "The movement of patients across borders: challenges and opportunities for public health", *op. cit.*, pág. 70.

45 PELLEGRINO, E.D. "The commodification of Medical and Health Care: The Moral consequences of a paradigm shift from a Professional to a Market Ethic", *Journal of Medicine and Philosophy*, 24 (3), 1999, pág. 244.

46 Naciones Unidas, A/CONF.177/20/Rev.1, Beijing, 4-15 *september*, 1995, nº 17 y nº 30. Disponible en: https://www.un.org/ womenwatch/daw/beijing/ fwcwn.html.

recogido como procreación. Así, la gestación como estado, no como derivado del derecho a ser madre, merecería especial atención dado que las hormonas producidas en la misma "inducen un intenso proceso neurobiológico natural que configura el que se puede llamar cerebro materno"[47]. Ello se complementaría con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) que en su art. 16 establece el derecho de las mujeres a decidir de manera libre y responsable sobre su maternidad y el derecho a acceder a la información y a la educación que les permitan ejercer esos derechos[48].

En resumen, no existe el derecho a ser padre o madre, como recoge la normativa citada. Además, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en su Sentencia de 14 de julio de 1994, no considera la procreación un derecho, sino una libertad que se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 como garantía negativa frente a la intromisión de terceros. Todo ello relacionado con lo declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (en adelante, TEDH), en relación al derecho a una vida familiar y el derecho a la no intromisión, y su posición en contra de la GS abordado en distintas sentencias como en el *Caso Mennesson vs. France*, y *Caso Labassee vs. France*[49]. Más concretamente, la Sentencia en el *Caso Paradiso Campanelli vs. Italia*[50], determinaba que "el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[51], no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre" por lo que el "interés público" prevalece sobre "el deseo de ser padres", quedando claro que no existe un derecho reconocido a ser padres[52].

Otro elemento en juego, respecto a la GS, es el derecho a la dignidad de la mujer reconocido en el art. 10 CE[53] afectado por la mercantilización de su cuerpo. Sobre ello

---

47 LÓPEZ MORATALLA, N., "Comunicación materno-fetal en el embarazo", *Cuadernos de Bioética.* XX, (3), 2009, págs. 307-308.

48 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981. *Vid*: https://www.ohchr.org/sites/default/ files/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf.

49 Caso *Mennesson vs. France* (nº 65192/11) y Caso *Labassee vs. France* (nº 65941/11), Sentencia de 26 de junio de 2014 (TEDH).

50 Caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia* (Rec. 25358/2012), Sentencia de 27 de enero de 2015 (TEDH, Sección 10ª) y Sentencia de 24 de enero de 2017 (TEDH, Gran Sala).

51 Convenio Europeo de Derechos Humanos. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, págs. 23564 a 23570. Disponible en: https:// www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa.

52 Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada, pág. 88. En: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Children/SR/Surroga cy/Other/InformeComit%C3%A9Bio%C3%A9ticaEspa%C3%B1aaspectos.pdf (Consulta: 3/10/2024).

53 TÍTULO I. De los derechos y deberes fundamentales. Art. 10: "1. La dignidad de la persona,

existe ingente literatura, considerando definitiva la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), de 6 de febrero de 2014 que conjuga el "respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante" con la necesidad de "evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse las mujeres jóvenes en situación de pobreza o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación"[54]. Se cuestiona si dicha dignidad de la mujer se vería afectada cuando es la propia mujer gestante la que libre y voluntariamente decide someterse a esta práctica, más aún si se encuentra en países desarrollados en un proceso supervisado judicialmente[55]. Así, se apela a la autonomía personal comparando la libertad de gestar a la de abortar, obviando que ésta última atiende a la decisión sobre el propio hijo biológico futuro y, precisamente, -excluido solo motivos médicos-, en ejercicio del derecho a una decisión libre y responsable sobre su maternidad, lo que no ocurre en la GS donde se le obliga a renunciar a ella con anterioridad al nacimiento sin posibilidad de decidir si quiere quedarse con el hijo o hija, en virtud de un contrato y, normalmente, con remuneración económica. Además, en la GS lo que se acuerda o contrata son las funciones reproductivas, inherentes a la persona, lo que está fuera del comercio de los hombres, como *res extra comercium* sin que puedan ser objeto de contrato, ni a título oneroso ni a título gratuito. Por tanto, con independencia de las opiniones a favor o en contra, y aunque la decisión de la gestante no sea atribuible a una situación de necesidad, hay un hecho irrefutable y es la utilización del cuerpo de la mujer sólo como un instrumento para procrear y la mercantilización del hijo o hija producto de esa procreación, contrario a los derechos humanos.

Al hilo de lo expresado, también en el *Caso Paradiso Campanelli vs. Italia*, los jueces DE GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK Y DEDOV, emitieron voto particular donde lamentaban que el Tribunal no se hubiera pronunciado expresamente sobre la maternidad subrogada, por entender que:

1) Es incompatible con la dignidad humana, ya que supone tráfico de niños, en el sentido del art. 2 del Protocolo Opcional de la Convención de Derechos del Niño (CDN)[56];

2) Desconoce la fuerte relación creada durante el embarazo entre la madre gestante y el niño;

---

los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

54 STS núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, Sala 1ª, de lo Civil, (RJ 2014,736). (ECLI: ES:TS:2014:247).

55 PRESNO LINERA, M.A., "Gestación por sustitución, autonomía personal y dignidad de la mujer gestante", en CARRIO SAMPEDRO, A. (ed.), *Gestación por Sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pág.122.

56 Art. 2.a, del Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, BOE, núm. 27, de 31de enero de 2002, págs. 3917-3921.

3) Hace desaparecer de la vida del niño a su madre gestante[57].

Para concluir éste epígrafe, podemos afirmar que, a pesar de las diversas opiniones e interpretación que sobre los derechos reproductivos quieran hacerse, no existe un derecho a ser padre o madre. No cabe argumentar la denominada "asimetría reproductiva"[58] como desigualdad de oportunidades de quienes no tienen posibilidad de tener hijos biológicos por falta de capacidad gestacional (mujeres estériles solas o en pareja, varones solos o en pareja homosexual)[59]. La capacidad gestacional, como aspecto biológico, no puede alegarse como desigualdad, ni la utilización de otro cuerpo como avance científico, más aún cuando quienes, impetrando un derecho a la maternidad, obligan a renunciar, por contrato, a quien sí tiene esa capacidad de gestar. Además, en esta mercantilización de la maternidad, se crean dos categorías de ciudadanos, lo que sí es discriminatorio, ya que sólo pueden realizar la GS quienes tengan recursos suficientes para costearse un viaje al extranjero más los gastos para afrontarla. Pero sobre todo, abrir la puerta a la GS como última oportunidad de ser madre o padre, como señala LÓPEZ GUZMÁN, fomenta la cultura que asume que un hijo, un hijo verdadero, sólo es aquel que tiene una relación genética con su progenitor[60].

3. LA EXPLOTACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO TRATA DE SERES HUMANOS

La primera definición consensuada de la trata se incorporó en el año 2000 al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante, Protocolo de Palermo)[61], que define la TSH en su art. 3.a) como la "captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al

57 GODOY VÁZQUEZ, M.O., "La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, nº 34, 2018, pág. 124.

58 REDONDO SACEDA, L., "Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada" en *Anuario Facultad de Derecho–Universidad de Alcalá IX*, 2016, pág. 50.

59 GODOY VÁZQUEZ, M.O., "La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo", *op. cit*., pág.112.

60 LÓPEZ GUZMÁN, J. "Dimensión económica de la maternidad subrogada ("habitaciones en alquiler")", *op. cit*., pág. 208.

61 Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Nueva York, 15 de noviembre de 2000. Instrumento de ratificación por España: BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, págs. 44083-44089. En: https://www.refworld.org/es/leg/trat/agonu 2000/ es/23886.

engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos". En el mismo sentido, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005, (Convenio de Varsovia)[62]. Una explotación similar a la que la Convención sobre la Esclavitud de 26 de septiembre de 1926 definía en su art. 1, como "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos"[63].

La DE1712 por fin habla textualmente de la explotación de la maternidad subrogada como forma de infracción relacionada con la TSH, tal como se definía en la Directiva 2011/36/UE, en la medida en que se cumplan todos los criterios constitutivos de dichas infracciones, incluidos los medios. Si bien el Convenio de Palermo no recoge literalmente la GS, ni la adopción ilegal, su enumeración no es exhaustiva y al establecer como fin la explotación, comprende los elementos que pueden hacer que la GS se incluya en el tipo, como son: la captación; la vulnerabilidad; el aprovechamiento de la necesidad; el pago; y el fin mismo como explotación de las capacidades reproductivas e integridad física de la mujer. Además, recoge el abuso de poder, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación, acciones que también podemos encontrar en la GS. La DE1712 si concreta como conductas perseguibles, respecto a dicha explotación, las de aquellos que coaccionan o engañan a mujeres para que actúen como madres subrogadas[64]. El propio considerando primero de la misma señala a "la pobreza, los conflictos, la desigualdad, la violencia de género, la ausencia de oportunidades de empleo viables o de apoyo social, las crisis humanitarias, la apatridia y la discriminación, entre los principales factores que hacen que las personas sean vulnerables a la trata, en especial las mujeres, los menores y los miembros de colectivos marginados"[65].

Como decíamos al inicio, la GS es una práctica en alza que, además, mueve mucho dinero. Se estima que el mercado europeo de la GS alcanzará un valor de 61.000

62 Instrumento de Ratificación del Convenio nº 197 del Consejo de Europa. Varsovia, 16 de mayo de 2005. BOE, núm. 219, de 10 de septiembre de 2009, págs. 76453-76471. En: https://www.coe.int/es/web/ compass/convention-on-action-against-trafficking-in-human-beings.

63 Convención relativa a la esclavitud. Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. Entrada en vigor: 9 de marzo de 1927. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Trata Personas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Universales/Convencion_RE.pdf.

64 Considerando 6, Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024.

65 Considerando 1, Directiva (UE), *ibidem.*

millones de dólares en 2032[66]. La evolución del negocio es imparable. En la India, por ejemplo, en 2012 operaban más de 3.000 clínicas de fertilidad, que solo ese año ingresaron más de 400 millones de dólares[67]. En 2015 se obtuvieron más de 138 millones de dólares que se repartieron entre comercializadoras, servicios jurídicos y sanitarios, empresas satélites que rodean el negocio, Estados y las gestantes -que apenas percibieron el 0,9% de los ingresos generados-, alcanzando los pagos, dependiendo de la clínica, los 2.800 y 5.700 € por el bebé[68]. En Rusia, en el 2015, un acuerdo de GS podía costar entre 35.000 y 60.000 $, recibiendo la madre gestante entre 10.000 y 17.000 $ después del parto del bebé, siempre que estuviese sano, además de una asignación mensual de entre 250 y 400 $ para alimentos y otros gastos[69]. En EEUU, por su parte, la madre gestante recibiría alrededor de 25.000 a 35.000 $, más gastos[70].

A la sombra de este "negocio" también han crecido organizaciones criminales que extienden sus redes por países como Tailandia, Nigeria o Vietnam[71]. Incluso en el seno de la UE, al amparo de leyes permisivas con la GS, se instalan redes criminales como por ejemplo en Grecia, donde en 2020 las policías griega y búlgara, en colaboración con la Europol, detuvieron a más de 60 implicados, entre los cuales se

66 Estudio *Global Market Insights Inc.*, "Mercado de gestación subrogada: por tipo (gestación subrogada, gestación subrogada tradicional), por tecnología (inseminación intrauterina (IIU), fertilización in vitro (FIV), por grupo de edad, por proveedor de servicios y pronóstico, 2023-2032", en: https://www.gminsights.com/industry-analysis/surrogacy-market (Consulta: 1/10/2024).

67 *Vid:* "India busca regular su floreciente industria de 'alquiler de útero", Reuters, en: https://www.reuters. com/article/us-india-surrogates-idUSBRE98T07F20130930/ (Consulta 1/10/2024).

68 NUÑO GÓMEZ, L., "Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler", *Revista de filosofía moral y política*, n. º 55, 2016, págs. 686-687; Vientres de alquiler en India: abstenerse extranjeros | Público (publico.es), en: https://www.publico.es/sociedad/vientres-alquiler-india-abstenerse-extranjeros.html (Consulta 3/10/2024); TREJO PULIDO, A., "En el nombre del padre: explotación de mujeres con fines reproductivos y venta de bebés recién nacidos. Diez puntos básicos para conocer toda la verdad sobre el alquiler de vientres", 2021, en: https://www.enferalicante.org/Documentos/2021(Consulta 1/10/2024); NADIMPALLY, S., *For Motherhood and for Market: Commercial Surrogacy in India In: New Cannibal Markets: Globalization and Commodification of the Human Body*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2015, párr, 17.

69 *Vid:* Marcos morales de la gestación subrogada comercial en EEUU, India y Rusia, en: https://www.ncbi. nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8009022/#CIT0034 (Consulta: 01/10/2024).

70 *Vid*: Precio de la Subrogación de EEUU, en: https://fertilitycenterlv.com/es/tratamiento-de-fertilidad /precio-de-la-subrogacion/ (Consulta: 01/10/2024).

71 La policía nigeriana rescató a 32 niñas embarazadas, con edades de entre 15 y 17 años, retenidas en una vivienda. Decían percibir un precio aproximado de 130 euros, lo que podía ser más si fuese varón. *Vid.*: EUROPAPRESS https://www.europapress.es/sociedad/noticia-policia-nigeriana-rescata-32-adolescentes-embarazadas-clinica-supuestamente-dedicada-trafico-bebes-20110602114525.html. La red Baby, una empresa de gestación comercial que operaba por Internet en Tailandia, liberó en 2011, a catorce mujeres vietnamitas (siete de ellas embarazadas); Informe del Consejo de Europa *Surrogate motherhood: a violation of human rights, report presented at the council of europe*, Strasbourg, on 26 april 2012, pág. 13. En: https://www.ieb-eib.org/ancien-site/pdf/surrogacy-motherhood-icjl.pdf (Consultados: 30/09/2024).

encontraban una ginecóloga, un abogado y varios empleados de una clínica privada, identificando a 30 víctimas[72]. En EEUU se desmanteló una red de abogados que había creado un inventario de bebés no nacidos para venderlos al precio de 100.000 $, utilizando vientres de alquiler[73].

Nuestro Código Penal (en adelante, CP), recoge en el Título VII bis, art. 177 bis, el delito de TSH, castigando con pena de cinco a ocho años de prisión al que, en territorio español o 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, con cualquiera de las finalidades siguientes:

1) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
2) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
3) La explotación para realizar actividades delictivas.
4) La extracción de sus órganos corporales.
5) La celebración de matrimonios forzados"[74].

No contempla, como finalidad, la explotación en la GS, aunque si recoge en qué consiste la situación de vulnerabilidad que allana la explotación en la TSH, estableciendo que "existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso", precisamente en consonancia a lo que ya nuestra Jurisprudencia había recogido respecto al atentado a la dignidad de la mujer[75].

Importante destacar que el art. 177 bis, apartado 3º, en casos de explotación, y, por tanto, también en relación a la GS, establece que el consentimiento de la mujer o anuencia de la misma sería absolutamente irrelevante[76], en consonancia con el Protocolo de Palermo, art. 3.b, que determina que "el consentimiento dado por la

72 *Vid*: https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-03-03/grecia-gestacion-subrogada_2479332/ (Consulta: 01/10/2024).

73 *Vid:* Mujer, Madre y Profesional de Profesionales por la Ética. (2015, abril). Vientres de Alquiler, Maternidad Subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas, en; https:// www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/vientreAlquiler/v_aquiler_web.pdf (Consulta: 01/10/2024).

74 Art. 177 bis CP Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE, 31 de Marzo de 2015.

75 STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, *op. cit.*

76 Art. 177.3 bis. CP "El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo".

víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado".

La redacción del art. 177 bis, a pesar de reconocer la explotación, la violencia, la coacción y las situaciones de vulnerabilidad, no puede aplicarse a la explotación por GS sin una modificación legislativa, al contener, como numerus clausus las finalidades de la TSH. Sin embargo, ningún impedimento habría para realizar la ampliación de dichas finalidades, más aún cuando la DE1712 incide en el respeto a las normas nacionales, y en nuestro país, aunque no se recoja nada, la GS es una práctica prohibida. Por tanto, sería TSH la explotación cuando su fin sea la GS, ya sea en el tránsito por nuestro país o éste como destino, en cumplimiento, también, de nuestra adhesión al Protocolo de Palermo para combatir la explotación de las personas, especialmente las mujeres y los niños.

Respecto a los niños y niñas fruto de esa GS, nada dice la DE1712, más allá de contemplar como TSH las adopciones ilegales, que, efectivamente, deberán también incluirse en el art. 177 bis del CP. Sólo se refiere a la GS en menores cuando la madre gestante lo fuere, es decir, como sujeto pasivo de TSH, lo que ya se contempla en el art. 177 bis[77]. Nuestro ordenamiento, sin embargo, insiste en la protección integral de los menores a través de normas como la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio[78], y la Ley 26/2015, de 28 de julio[79], ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que introducen como principio rector de la actuación administrativa el amparo de las personas menores de edad contra todas las formas de violencia, incluidas las producidas en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras.

El Título XII del CP, relativo a los delitos contra las relaciones familiares, en su Capítulo II "De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor", si recoge algunas disposiciones respecto las adopciones ilegales. El art. 220, castiga en su apartado 1º, "la suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años", así como la ocultación o entrega "a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación", en su apartado 2º. Incluso respecto al personal, en su apartado 5º, contempla que cuando "las sustituciones de un niño por otro que se produjeren en centros sanitarios o sociosanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y

77 Art. 177. 2 bis CP: "Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación".

78 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, págs. 61871-61889.

79 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015, págs. 64544-64613.

custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año". En el art. 177 bis de acuerdo a la DE1712, encajarían estos tipos, como adopciones ilegales, siempre que, con los medios recogidos en el mismo, se diese la acción mediando explotación, coacción o engaño, contemplándose ya penas accesorias, tanto para el personal sanitario o de cualquier tipo interviniente, como para las personas jurídicas implicadas[80].

El art. 221 recoge aquellas conductas en las que, mediando explotación, coacción y engaño, finalicen en adopción ilegal. El apartado 1, castiga con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años, a quienes, "mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación". De la misma manera, a quienes reciban el bebé o actúen como intermediarios, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. Son estas conductas del art. 221 las que, ciertamente, más se aproximan a la tesis de los magistrados que elaboraron voto particular en el TEDH con motivo del *Caso Paradiso vs. Campanelli,* respecto a la GS, sobre todo sin vínculo genético, y que tildan de venta de niños. Lo que el art. 2.a del Protocolo facultativo de la CDN citado, contempla como "todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución". Este mismo protocolo establece en su art. 3 que "todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente", encontrándose en dicha enumeración lo contenido en el art. 2.a.

---

80 Art. 177bis CP: "6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, 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. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en éste en su mitad superior. (…) Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo; 7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33".

En resumen, la legislación española podría incorporar en el art 177 bis, sin ningún problema legislativo, tanto la explotación en la GS como las adopciones ilegales, aprovechando la ocasión para no volver a encorsetar el delito de TSH estableciendo los fines como numerus clausus. No obstante, queda analizar si, abierta la posibilidad de la persecución, tras la preceptiva reforma penal de la explotación, se abre la necesidad de tipificar la GS como tal.

4. LA COACCIÓN, EL ENGAÑO Y EL CONSENTIMIENTO, ¿ELEMENTOS PARA TIPIFICAR LA GESTACIÓN SUBROGADA DE FORMA AUTÓNOMA?

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE) define coacción como "aquella fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo". Respecto al engaño, lo caracteriza como la "falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre" o como sinónimo de dolo[81]. Profundizando en ambos conceptos, podemos definir la coacción como "aquella llevada a cabo por razones egoístas, de ganancia personal o individual, por parte de uno o varios individuos sobre otro u otros"[82]. Del mismo modo, podemos entender por engaño, en términos psicológicos, como "el intento deliberado, exitoso o no, de ocultar, generar, y/o manipular de algún otro modo información factual y/o emocional, por medios verbales y/o no verbales, con el fin de crear o mantener en otra(s) persona(s) una creencia que el propio comunicador considera falsa"[83].

A la vista de ello, si la coacción y el engaño también pueden ser coerción, fuerza o fraude, deberíamos analizar si dichos elementos están presenten en la GS fuera del delito de TSH, incluso si no media contrato lucrativo. En un primer análisis, convencer a las madres gestantes de que no son madres del futuro bebé, exigiéndoles renunciar a la filiación, es un engaño, medie contraprestación económica o no, porque si lo son. Es más, renunciando a esa filiación, podrían ser, en puridad, sujetos activos de un delito de abandono y/o venta de menores si estamos ante una GS con compensación o retribución[84]. No podemos obviar que la coacción puede manifestarse en forma psicológica, social, familiar, religiosa y económica, y que es esta última, fundamentalmente, la que redirige a las parejas hacia madres gestantes, como una prueba más de la llamada feminización de la pobreza, ya que, incluso en países como EEUU, las mujeres gestantes no son precisamente las que mejor posición económica tienen.

81 RAE. https://www.rae.es/ (Consulta: 25/09/2024).

82 *Vid*: https://concepto.de/coaccion/#ixzz803IN2tJr (Consulta: 25/09/2024).

83 MASIP, J., *et al*., *Anales de Psicología / Annals of Psychology*, 20, (1), 2004, pág.147.

84 GARCÍA, B. O., "La gestación subrogada en la nueva Directiva europea contra la trata de seres humanos", *Tribuna Feminista*, mayo 2024. En: https://tribunafeminista.org/2024/05/la-gestacion-subroga da-en-la-nueva-directiva-europea-contra-la-trata-de-seres-humanos/ (Consulta: 27/09/2024).

En nuestro sistema penal, la coacción ya es, en sí misma, un delito como recoge el Título VI del CP, arts. 172 y ss., dentro de los delitos contra la libertad, siempre que se impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto (art. 172 CP). Pero también estaremos ante un delito de coacción cuando mediante cualquier acción que atente contra la libertad de una persona, mediando intimidación o también cuando se condiciona su vida, como en el caso del acoso o del matrimonio forzado.

Respecto a la acción coercitiva, la STS de 27 de abril de 2023 determina que "no puede apreciarse coacción por la sola existencia de una perturbación del estado de ánimo o de otros intereses de los que una persona sea titular. El núcleo de la tipicidad reside en la lesión de la libertad personal mediante una compulsión directa, violenta o intimidatoria, y causalmente relevante para que la persona que la sufre se vea obligada a realizar lo que no quiere o dejar de hacer lo que tiene derecho a realizar"[85]. El mismo tribunal ya anteriormente había establecido como requisitos necesarios de la coacción los siguientes: "1. Una conducta violenta de contenido material vis física, o intimidatoria, vis compulsiva, ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas, e incluso de terceras personas; 2. La finalidad perseguida va encaminada como resultado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto; 3. La conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para ser delito; 4. Que exista el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos impedir y compeler; 5. Una ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente, el cual no debe estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación"[86].

Compeler a alguien a entrar en un proceso de GS, a través de un abuso de poder, generando un estado de coacción psicológica o económica y, sobre todo, obligándola a renunciar a la maternidad, condicionando durante nueves meses su libertad, es un hecho de violencia. Pero además, el art. 3 a) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011[87], (en adelante, Convenio de Estambul) en su art. 3.a)

---

85 STS, núm. 310/2023 Sala de lo Penal, de 27 de abril de 2023. Recurso nº: 2679/2021. (ECLI:ES:TS:2023:1779), fj.1º.

86 STS, núm. 539/ 200921 de mayo de 2009, Sala Segunda, (ECLI:TS:2009:3283), fj. 2º.

87 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, 11 de mayo de 2011. Council of Europe Treaty Series - No. 210. Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, págs. 42946-42976. Art. 3.a) "Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las

considera violencia contra la mujer la violación de los derechos humanos causados por "actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica", por tanto, quedaría incluía como violencia de género la explotación en la GS, pero también la GS como tal. Así, nuestra legislación, ya en la LO 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo[88] en su art. 10 quinquies, calificaba como forma de violencia en el ámbito reproductivo, la GS en todo caso [89]. En el mismo sentido, la LO 1/2023 de 28 de febrero que modifica la anterior, estableciendo que las vulneraciones graves de los derechos reproductivos constituyen manifestaciones de la violencia contra las mujeres, incluyendo entre aquellas la "esterilización y la anticoncepción forzosas, el aborto forzoso, y la gestación por sustitución", instando a tomar medidas para reconocer normativamente esta práctica como una forma grave de violencia reproductiva, y tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución"[90].

Incidiendo más en ello, determinada la acción coercitiva y el elemento violento que pudiera producirse en la GS, no podemos obviar que, dentro de la casuística que, sobre coacciones nuestro CP recoge, respecto a cuándo una conducta es violenta o no y la entidad de la misma para considerarla como elemento del tipo, observamos diversos tipos en los que este grado de violencia exigida decae ante el interés de los derechos objeto de protección. Hablamos del art. 172 ter, delito de acoso, donde la insistencia de la acción, que no tiene por qué ser violenta, condiciona la vida de la víctima. Más aún, el apartado 5, introduce como delito de coacción, la utilización de la imagen de una persona, sin su consentimiento, para hacer anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, que provoque una situación de acoso, hostigamiento o humillación[91]. Del

amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada".

88 LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010, págs. 21001-21014.

89 Art. 10 quinquies, *ibidem*. "Campañas institucionales de prevención e información. También se impulsarán campañas que desmitifiquen todas las formas de violencia en el ámbito reproductivo contenidas en la presente ley, como la gestación por sustitución".

90 Preámbulo, II, Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023, págs. 30334-30375.

91 Art. 172 ter CP. "1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de esta forma, altere el normal desarrollo de su vida cotidiana: 1ª. La vigile, la persiga o busque su cercanía física; 2ª. Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas; 3ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella; 4ª. Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella; Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón

mismo modo, lo contenido en el art. 172 quater cuando, para obstaculizar el ejercicio del derecho, se acose a una mujer con actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos[92]. Esta preponderancia de otros derechos frente a la conducta violenta no excluye como delitos a los citados, lo que abriría la posibilidad a considerar otras conductas, como las referidas a la GS, aún sin contraprestación económica, como delito de coacción de acuerdo a todo lo anteriormente relatado en atención a la protección del derecho a la dignidad y no mercantilización del cuerpo de la mujer.

No olvidemos que este mismo debate, sobre la violencia e intimidación, se estableció a la hora de valorar la inclusión, como delito de coacciones, del matrimonio forzado, actualmente contemplado en el art. 172 bis CP, -y que por cierto ya se incluía como fin de la TSH-. Se introdujo, en este caso, como acción delictiva, además de la violencia o la intimidación grave, el engaño, sólo cuando se forzase a abandonar el territorio español o no se permitiera regresar a él[93]. Sin embargo, la exigencia, fuera de la violencia, de que la intimidación fuese "grave", resulta excesiva dado que la propia Jurisprudencia considera que la intimidación ya es grave por sí misma. Además, cómo determinar la intensidad de la intimidación en estos delitos es un problema, más aún cuando en la decisión que se termina tomando pueden interferir circunstancias o presiones ambientales de las que resulta y con las que se relaciona. El temor o el miedo pueden neutralizar todo deseo de resistencia, imposibilitando que se pueda hablar de un asentimiento real. También a la hora de decidir si se ejerce de madre gestante en la GS.

Acreditado que el engaño y la coacción, fundamentalmente económica y psicológica, si forma parte de la GS y por tanto es violencia atendiendo a la preponderancia de derechos afectados, a su consideración como conducta contra los derechos humanos sostenida por nuestra Jurisprudencia y a lo determinado por la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, (en adelante LIVG)[94] y normas penales referidas, ¿qué pasaría si la mujer alega no

---

de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.(…) 5. El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses".

92 Art. 172 quater CP. "1. El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días"

93 Art. 172 bis CP: "1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados; 2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo".

94 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia

sentirse ni coaccionada, ni engañada y apela a su libre consentimiento?. En este caso, es evidente que el consentimiento de la mujer que lucha por su supervivencia no es el mismo que el de aquellas que, desde occidente, se someten a estas prácticas, pero, ¿realmente ninguna está condicionada por su situación económica?; ¿resulta acreditado que se ha informado a la mujer de todos los riesgos que pueden derivarse de la práctica?; ¿quién comprueba que se ha informado de forma correcta?; ¿cómo se controla ese consentimiento?; ¿puede hacerlo una agencia dedicada a la GS?; o ¿debe recabarlo el representante de la clínica privada?. Preguntas que, por si solas, incluyen una respuesta negativa.

Cierto que, si bien en el orden civil, en aras de garantizar el consentimiento y prevenir la violencia o engaño, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) en su directriz 1.3.d) de forma procedimental, establece una forma de actuar respecto al nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de GS, siempre que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. Así, el encargado del Registro Civil debería controlar, incidentalmente, la resolución judicial extranjera comprobando que, aparte de no vulnerarse el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante, se verifique que "el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente"[95], especificando la propia Administración que "dolo es la voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída"[96]. No obstante, debemos resaltar que esta Instrucción parte del error de equipar la GS con una TRA practicada por facultativos en el extranjero como recoge el preámbulo de la misma, y no lo es, previendo efectos jurídicos derivados de una conducta prohibida. Ello, además, entra en contradicción con el art. 10 de la LTRA y, por tanto, no respeta el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE)[97], entrando en colisión también, con la normativa antes indicada. Más aún, ya el art. 161 CP, en el caso de reproducción asistida, castiga con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años a quien la practicare en una mujer, sin su consentimiento. En todo caso, la prevención para respetar la libertad de la madre gestante ante actos de error, dolo o violencia dependería de una administración

de Género. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, págs. 42166-42197.

95 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, págs. 84803-84805.

96 Punto de Acceso General. En: https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/ familia/menores/gestacion-sustitucion.html (Consulta: 01/10/2024).

97 FERRER VANRELL, M. P., "La discutible constitucionalidad de la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 1, Época I, enero–abril, 2013, pág. 60.

foránea donde la GS está permitida, obviando que, ya la obligación a renunciar a la maternidad, aún libre e incluso sin contraprestación, fuera de la adopción, puede ser un acto de violencia y que, hoy en nuestro país, la GS es una forma de violencia contra las mujeres *per se*, recogida en la Ley con independencia de su motivación.

Respecto a este consentimiento, algunos planteamientos inciden en la capacidad emancipadora para las mujeres que representa la decisión de alquilar el cuerpo para gestar equiparándolo al ejercicio voluntario de la prostitución e incluso de la venta de órganos, como libre elección, siendo dueña de su cuerpo, y por tanto comerciar también con su capacidad de gestación[98] . Incluso apelan al argumento de la ayuda desinteresada a quienes no pueden gestar de forma natural. En el año 2003 se realizó una encuesta a 34 mujeres que habían sido madres subrogadas en EEUU: el 91% (31 personas) manifestó que había decidido participar en la subrogación porque quería ayudar a la pareja que no tenía hijos; el 15% (5 personas) porque disfrutaba del embarazo; el 6% (2 personas) por autorrealización (self-fulfillment); y finalmente, el 3% (1 persona) por el pago de una remuneración[99]. No obstante, en ningún caso fue una gestación altruista[100], lo que no es extraño de entender ya que, normalmente, la madre gestante va a tener peor situación económica que los padres contratantes, cubriendo sólo temporalmente las necesidades de sus familias, siendo los padres que logran su fin y las agencias que se aprovechan de su necesidad, quienes se benefician, de donde deriva la verdadera explotación. Otros estudios realizados, sobre todo en países en vías de desarrollo, describen otra situación[101] como que muchas mujeres se sienten engañadas porque no siempre reciben el dinero acordado[102]; que no les soluciona sus problemas por las exigencias que conlleva el embarazo, muchas veces teniendo que vivir separadas de la familia, generándose gastos extras si tienen personas a su atención (menores, ancianos, etc.); o que tienen que desatender a sus propios hijos[103], entre otras quejas.

---

98 Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada, *op. cit*., págs. 25-26.

99 JADVA, V., *et al*., "Surrogacy: the Experiences of Surrogate Mothers", en *Human Reproduction, Oxford University Press*, vol. 10, nº 18, 2003, pág. 2196.

100 Si un salario medio americano oscilaba en 2016, en unos 40.000 $, al ofrecerles 20.000 $ no le cambias radicalmente la vida como si le ofreces los 10.000 $ a una mujer india. No obstante, es muy probable que, la mujer norteamericana que cede su cuerpo no se encuentre entre las que reciben un salario medio. En LÓPEZ GUZMÁN, J., "Dimensión económica de la maternidad subrogada ("habitaciones en alquiler")", *op. cit*., pág. 204.

101 RABINOWITZ, A., "The surrogacy cycle", *Virginia Quarterly Review spring*, 2016, págs. 69-70..

102 En una encuesta realizada a 70 madres de alquiler que entrevistaron en Bangalore, India, la mayoría habían ganado 4.000 $ y no los 7.000 a 8.000 $ que se indicaban en los medios de comunicación. En RUDRAPPA, S. y COLLINS, C., "Altruistic agencies and compassionate consumers: moral framing of transnational surrogacy", *Gender & Society*, 29, 6, 2015, pág. 954.

103 LÓPEZ GUZMÁN, J., "Dimensión económica de la maternidad subrogada ("habitaciones en alquiler")", *op. cit*., pág. 204.

En todo caso, el debate sobre el consentimiento resulta estéril al encontrarnos ante una práctica que nuestro país prohíbe por considerarla contraria a los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, y en la que, en caso de abuso, engaño o explotación, el consentimiento es irrelevante. Aquí estamos ante una situación de abuso dado que, como señala PARDO MIRANDA, salvo la decisión de embarazarse, no hay ninguna libre decisión más, ya que en el curso de la GS, las personas que la contratan adquieren un derecho real sobre la madre gestante, un derecho de uso e incluso de disfrute sobre su persona y su cuerpo, pudiendo decidir todo lo concerniente a su embarazo e incluso el tipo de parto[104].

En conclusión, la GS sí debería tener cabida como delito de coacciones en nuestro CP, como delito autónomo, de forma similar a lo recogido para el matrimonio forzoso. Todo ello por considerarse un acto de violencia; por servirse de acciones intimidatorias psicológicas, económicas y ambientales que condicionan la decisión de la mujer gestante; porque media engaño en las circunstancias que hemos señalado; y, en todo caso, porque debe primarse la dignidad del cuerpo femenino y la lucha contra la mercantilización de los niños. No olvidemos que, además, la violencia de género ya se recoge como tipo de coacciones leves, art. 172.2 CP, si bien limitado a las relaciones afectivas presentes o pasadas.

5. CONSECUENCIAS DE LAS INSCRIPCIONES DE BEBÉS PROCEDENTES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA Y LEGITIMACIÓN POR HECHOS CONSUMADOS.

La LTRA prohíbe la GS, pero ello no impide que se siga recurriendo a dicha técnica, ya sea de forma monoparental o en pareja, en países donde si se permite. Según datos suministrados por el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación desde 2010 hasta julio de 2023, España recibió 3.546 solicitudes para inscribir bebés nacidos por GS[105], aunque la cifra podría ser mayor. Tras la entrega del niño o niña, efectuado el registro civil admitido en interés del menor, se derivan derechos para los padres contratantes y, evidentemente, derechos de filiación para aquel. Esto da lugar a situaciones dispares y a obligados pronunciamientos por parte de nuestra Jurisprudencia, en el orden civil, que, indirectamente, legitiman conductas prohibidas al derivarse efectos jurídicos de ellas. Todo esto a pesar de que, la STS de 31 de marzo de 2022 reconoce la nulidad de los contratos de GS, señalando que en sus cláusulas se "va más allá de los cuidados normales que deberían seguirse antes y durante cualquier embarazo, constituyendo una clara intromisión

104 PARDO MIRANDA, M., "La adopción ilegal y la gestación subrogada como finalidades del delito de trata de seres humanos", *Anales de Derecho,* nº 40, 2023, pág. 82.

105 *Vid*: https://www.newtral.es/gestacion-subrogada-2023/20231220/ (Consulta: 10/10/2024).

en la dignidad y la autonomía personal de la gestante, además de en sus derechos a la intimidad y a la integridad física y moral"[106].

Una de las acciones de las que se derivan efectos jurídicos, como consecuencia de la GS, surge respecto a la inscripción del bebé cuando llega a España. La STS de 6 de febrero de 2014, anteriormente citada, confirmó la denegación de una inscripción de filiación de dos menores nacidos en EEUU por vulnerar el orden público español en virtud de la prohibición y de la nulidad del contrato de GS contenida en el art. 10 de la LTRHA, en consonancia con el TEDH[107] que ponderaba, respecto al art. 8 del CEDH[108], el derecho a la vida familiar y el derecho a la vida privada, conjugado con la protección de la salud o de la moral y la protección de los derechos y las libertades de los demás. El Auto del TS de 2 de febrero de 2015, por el que se resolvía el incidente de nulidad de actuaciones planteado contra la sentencia anterior, concluía que no existía vulneración del derecho a la vida privada de los menores, considerando que ya se protegía el interés de los menores permitiéndose la fijación de las relaciones paternofiliales mediante "la determinación de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones familiares "de facto" mediante la adopción o el acogimiento"[109].

A partir de ese momento, la DGRN requerirá para la inscripción, en todo caso, una resolución judicial previa y no la mera certificación de la autoridad registral a la que se refería la Resolución de fecha 18 de febrero de 2009 anterior. Así, emitirá una Instrucción el 14 de febrero de 2019[110], declarando la competencia del registro consular para practicar la inscripción del nacimiento si se acreditaba la filiación del menor respecto del padre en cualquiera de las formas establecidas en el CC, con el consentimiento expreso de la madre gestante. Se podía, para asegurar la verdad material de la paternidad e impedir el tráfico de menores, practicar una prueba de ADN. Dejada sin efecto la anterior, se emitió una nueva Instrucción el 18 de febrero

106 STS, núm. 277/2022 de 31 de marzo. Sala de lo Civil (ECLI:ES:TS: 2022:1153).

107 En fecha 2 de julio de 2014 el TEDH dictó la sentencia, asuntos 65192/11 (*Mennesson vs. France*) y 65941/11 (*Labassee vs. France*), en la que declaró que viola el art. 8 del CEDH al no reconocer la relación de filiación entre los niños habidos a través del método reproductivo conocido como «vientre de alquiler» y los progenitores que lo habían secundado.

108 El art. 8 del CEDH estipula que: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros".

109 Auto de 2 de febrero de 2015, Sala de lo Civil, Rec. n.º 245/2012.

110 Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Disponible en: https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2019/07/instrucci%C3%B3n-14-febrero-2019.pdf.

de 2019[111] estableciendo el régimen general y legal para la inscripción de la filiación y nacimiento de los nacidos por GS fuera de territorio español, de padre o madre españoles, aportando sentencia de las autoridades judiciales del país de gestación, firme y dotada de exequatur, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Por tanto, se termina produciendo la inscripción, ya que, aun considerando que "la gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes", se incide en que "el interés preferente de los primeros debe quedar en todo caso salvaguardado y a la vez, la actuación de los poderes públicos debe garantizar a la mujer una adecuada protección contra el peligro de abusos de situaciones de vulnerabilidad que es de todo punto inaceptable. Resulta además claro que la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho. Sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz. En tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor"[112]. Todo ello preponderando el art. 39.4 de la CE que consagra la protección al menor prevista en los acuerdos internacionales y velando por sus derechos desarrollados por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)[113], en cuyo art. 2 recoge que, en su aplicación, "primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

No obstante, no podemos obviar que, en nuestro ordenamiento, la filiación se determina de acuerdo al art. 10.2 LTRA por el parto, originándose un problema tras la GS, porque, precisamente, la madre que da a luz termina en otro país, probablemente sin ningún contacto con el hijo o hija, habiéndosele obligado a renunciar a sus derechos derivados de la maternidad. Es por eso que sólo pueden determinarse la filiación de los padres contratantes, estableciéndose diferencias entre el acceso a la filiación paterna, la materna no gestante, -incluso aunque sean suyos los gametos aportados[114]-, y la paterna no biológica. Para su reconocimiento, deberá instarse la reclamación judicial de la paternidad por el padre biológico, de acuerdo al art. 10.3

111 Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019, págs. 16730-16730.

112 *Ibidem*

113 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, págs. 1225-1238

114 Sobre esta diversidad de trato contraria al mandato igualitario del art. 14 de la CE y al principio de no discriminación NÚÑEZ BOLAÑOS, M., "El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción", *Derecho Privado y Constitución*, nº 29, enero-diciembre, 2015, pág. 255 y 256.

LTRA, y la adopción por parte del cónyuge según el art. 176 CC, con independencia de la aportación genética de este último. Esto hace que, tanto en el caso de pareja heterosexual como homosexual, se impetre un trato desigual y discriminatorio, respecto al caso de la pareja del padre biológico. Como argumento, se alude al caso de pareja formada por mujeres en el caso de reproducción asistida, donde la no gestante accederá a la filiación con la mera manifestación ante el encargado del Registro Civil, olvidando que no es la misma situación, no interviniendo una mujer ajena a la relación y estando, esta vez sí, ante una TRA. Respecto a ello, la STC de 22 de noviembre de 1982[115], señalaba que desigualdad no es sinónimo de discriminación ya que la discriminación proviene de una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos, tratando diferenciadamente una igualdad de situaciones y, en este caso, nuestra ley es clara respecto a cómo se determina la filiación materna o del padre no biológico.

Lo importante a reseñar es que, en definitiva, se permite que una práctica que atenta contra los derechos humanos, termina en una situación de legalidad, ya sea con el inminente reconocimiento de la paternidad o con la posterior por vía de adopción de la maternidad o, en caso de parejas homosexuales, de la paternidad de la pareja del padre biológico. Más aún, tras la STS de 17 de septiembre de 2024 en el caso de los padres de un niño nacido por GS, se autoriza a modificar en el Registro Civil el lugar de nacimiento por el del domicilio familiar[116], asimilando la GS a la adopción internacional. Todo en aplicación por analogía de los preceptos de las normas registrales vigentes en su día, -en el caso de la adopción internacional-, basado en el art. 4.1 CC[117] acorde con las exigencias del art. 18.1 CE, -en tanto que permite la efectividad del derecho a la intimidad personal y familiar del menor-; el art. 14 CE, -garantizando la no discriminación por razón de nacimiento-; y el art.39.2 CE -apelando a la protección por los poderes públicos de los hijos, ya señalada-. En cualquier caso, con esta aplicación análoga no se salvaguarda el interés del menor ya que los padres contratantes ni siquiera se han sometido a un informe de idoneidad preceptivo en las adopciones legales, sin olvidar que son los mismos que han accedido a una práctica a sabiendas de su prohibición en nuestro país.

Una segunda consecuencia que puede derivarse, en este caso para los padres contratantes, es, una vez entregado el hijo o hija y procedido a la inscripción registral, el acceso a las prestaciones por maternidad y paternidad[118]. Hablamos de

---

115 STC núm. 68/1982 de 22 de noviembre, Sala Segunda, (ECLI:ES:TC:1982:68).

116 STS núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024, Sala de lo Civil, (ECLI:ES:TS:2024:4370).

117 Art. 4.1 CC: "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".

118 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Art. 2.2: "se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento, "aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas

aquellos derechos económicos destinados a proteger, en este caso, las situaciones de maternidad o paternidad ya sea biológica, por adopción o acogimiento[119], pero que no se contemplan para la GS. No obstante, la STS de 25 de octubre de 2016[120], a requerimiento del INSS, reconoció la prestación por maternidad al padre biológico de dos niñas nacidas en la India por GS argumentando que "que una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos". Dicha sentencia tuvo tres votos particulares a los que se adhirieron otros tres magistrados, en los que se consideraba que de un acto ilegal no pueden derivarse derechos que perjudiquen a un tercero, en este caso, al INSS, obligado a pagar la prestación y porque, además, todo ello se produce con un claro fraude de ley, ya que el actor pudo simplemente reconocer su paternidad, según lo previsto por el art. 10.3 de la LTRA pero prefirió reconocer su actuación previa, y la consecuencia de ello debería ser la nulidad[121].

Dicho reconocimiento, una vez más, de hecho, otorga efectos legales a la GS, al asimilarla a situaciones que no son análogas (adopción, acogimiento y guarda) y reconocer efectos jurídicos a una situación contraria a Derecho. Y es que, como señala QUIÑONES ESCAMEZ, "las legítimas expectativas de los particulares, la cristalización de las situaciones válidamente creadas en el extranjero, no implican que el Estado de reconocimiento que contiene una ley prohibitiva, se vea obligado a aceptar las situaciones creadas por la voluntad de los interesados con el concurso de las autoridades y al amparo de una legislación permisiva que, de manera militante, abre sus instituciones tanto a nacionales como a extranjeros no residentes sin tener en cuenta el riesgo de crear situaciones claudicantes, válidas en el país que las crea, pero no en los otros"[122].

---

extranjeras", cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento. BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009, págs. 27936-27981.

119 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Art. 177 A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el los apartados 4, 5 y 6 del art. 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el art. 49. a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015, págs. 103291-103519.

120 STS núm. 881/2016, 25 de octubre de 2016, Sala de lo Social (ECLI: ES:TS:2016:5375).

121 Voto particular contra la STS 881/2016 de 25 de octubre de 2016 citada que formula el Magistrado D. José Manuel López García de Serrana al que se adhieren Dña. María Milagros Calvo Ibarluce y D. Jesús Souto Prieto, motivo tercero, 2, pág. 30.

122 QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009". *Indret: Revista*

Más aún, en dicho reconocimiento de derechos, se produce disparidad dependiendo si se es al padre o la madre contratante. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) con carácter prejudicial, tuvo ocasión de pronunciarse sobre el permiso de maternidad a una madre subrogante, -recogido en la Directiva comunitaria 92/85/CEE de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, entre otras[123]-, en dos sentencias de 28 de marzo de 2014, asuntos C-167/12[124] y C-363/12[125]. En la primera, la madre contratante, del Reino Unido, pidió un permiso retribuido a raíz del nacimiento del niño, sin tener la relación genética con él dado que el óvulo era de la madre gestante, además, no había iniciado el proceso de adopción. En la segunda, la niña si había sido concebida con los gametos de la misma y de su esposo y ya estaba en Irlanda en régimen de acogimiento. El TJUE declaró que "este permiso de maternidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que derivan del ejercicio simultáneo de una actividad profesional, perturbe dichas relaciones". Por tanto, según el TJUE, el art. 8 de la Directiva aplicable, no obliga a conferir el permiso de maternidad a una mujer que no ha estado embarazada en virtud de lo anterior, no pronunciándose aquí sobre la conveniencia de otorgarlo para hacer más efectiva la protección familiar contenida, ni la relación de la mujer con el niño.

En definitiva, a la vista de lo anterior, estamos ante una política de hechos consumados derivados de una normativa que reconoce que, quien recurre a estas prácticas, incurre en fraude de Ley de acuerdo al art. 6.4 CC que establece que "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido

para el Análisis del Derecho, nº. 3, Barcelona, 2009, pág. 28, en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=30184 91 (Consulta: 01/10/2024). Para el Estado de reconocimiento sería un caso contrario al orden público; e, incluso, en fraude a la ley, pues se ha buscado cristalizar una situación para hacerla valer en un país que no la permite y al que la pareja está estrechamente vinculada por la nacionalidad y la residencia. Poco importaría que el Estado de origen los hubiera casado invocando el *ius nubendi* de los interesados y el principio de igualdad o una estancia superior a tres meses en el territorio.

123 Directiva 2006/54CEE sobre igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras y Directiva 2000/78/CEE sobre igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación; Directiva comunitarias 92/85/CEE de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

124 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne — Reino Unido) — C. D./S. DOUE 12 de mayo de 2014. En: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CA0167.

125 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por The Equality Tribunal — Irlanda) — Z/A Government department y the Board of management of a community school. DOUE 12 de mayo de 2014. En: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CA0363&from=EN.

por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir", en este caso, el art. 10 LTRA, pero de la que se derivan efectos jurídicos.

6. CONCLUSIONES

Prohibir esta práctica por un lado, pero reconocer derechos derivados de la misma por otro, es dar una cobertura tácita a lo que, en base a argumentos sólidos, se pretende evitar. Como bien señala LASARTE ÁLVAREZ, se ha abierto la puerta a utilizar normas y figuras jurídicas con unos objetivos que, no siendo los propios de esa norma, son además contrarios a la ley existente del ordenamiento jurídico[126]. Ello nos lleva a una primera doble conclusión, con relación a los efectos civiles o reconocimientos anteriormente referidos, entendiendo que no deberían admitirse sin determinar en qué condiciones se han emitido las sentencias judiciales extranjeras sobre filiación, al derivarse de prácticas incompatibles con el orden público internacional, y, por otro lado, que por interés del menor, siendo sus padres quienes han recurrido a una práctica prohibida, los efectos deberían derivarse a través de la adopción.

Unido a lo anterior, es necesario considerar la inclusión, por vía administrativa, de un catálogo de infracciones ya sean leves, graves o muy graves relacionadas con la GS en la propia LTRA que la prohíbe, ya que como señala GONZÁLEZ CARRASCO no se plantean infracciones en caso de contravención del art. 10 LTRA[127]. No obstante, la regulación administrativa no es suficiente, tal y como hemos comprobado y, atentando contra los derechos humanos, debería recogerse como delito contra la libertad en el Título VI del CP.

Por lo anteriormente dicho, en el ámbito penal, producida la modificación del art. 177 bis para la inclusión de la GS como fin de la trata, de acuerdo a la DE1712, cabría su tipificación como delito autónomo de coacciones en el capítulo III del CP en los términos expresados. En la misma modificación respecto a la TSH, habría que incluir como fin las adopciones ilegales, complementando la protección del menor respecto a lo dispuesto en el art. 221 CP, reiteradamente citado.

No olvidemos, respecto a la respuesta penal que, además, estamos ante un delito de violencia de género, por lo que habría que encuadrarlo en dicho ámbito legislativo. La LIVG se apoyaba en la necesidad de proporcionar una "respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres". Así, la Ley 10/2022 de garantía integral

126 LASARTE ÁLVAREZ, C., "La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria", 2012, en: www.laley.es (Consulta: 4/10/2024).

127 GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., "Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 22, 2017, pág. 123.

de la libertad sexual, destacando los avances de la LIVG[128], recoge como delito de violencia de género el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina y la TSH con fines de explotación sexual en su art. 3, equiparando las víctimas de violencia sexual acreditadas para que puedan tener la consideración jurídica de víctimas de violencia de género, de acuerdo al art. 41.5 de dicha ley. Sin embargo, seguimos sin tener una Ley Integral que aborde, de dicha forma, la violencia contra la mujer, de acuerdo a la recomendación del CEDAW. En este sentido, la Recomendación General 35 (2017) del CEDAW, desarrolla el alcance de las obligaciones de los Estados frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas causadas por agentes estatales o particulares[129], en consonancia con el primer informe de evaluación de la aplicación por parte de España del Convenio de Estambul, realizado por el Grupo de Expertos en Acción contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO) del Consejo de Europa, que además pide "reforzar el marco legal sobre violencia psicológica, acoso, violencia sexual, acoso sexual y mutilación genital femenina"[130]. Esta exigencia de diferentes organismos internacionales, es la que debe motivar la Ley Integral, para dar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres, incluida, claro está, la GS[131].

Sigue, por tanto, sin hacerse la necesaria reflexión sobre si resulta efectiva la regulación de los delitos de violencia de género en nuestro sistema penal y cuáles de estos delitos, como la GS, siguen sin estar penados, produciéndose una falta de protección de distintos bienes jurídicos y, en consecuencia, la desprotección penal. Cierto que el Derecho Penal debe ser la última opción, que han de incentivarse medidas educativas y de prevención para erradicar esta lacra. Sin embargo, ante prácticas como la GS, con tantos intereses afectados, no es fácil, sólo desde la educación conseguir erradicarlos, ya que, a pesar de atentar contra los derechos más elementales, el deseo a una maternidad o paternidad a toda costa y los beneficios que genera, se imponen. Por todo ello, cada vez es más necesario la existencia de un Título específico en nuestro CP que englobe el castigo para todas aquellas conductas que sean provocadas por el ánimo de sometimiento a la mujer sólo por el hecho de serlo, incluida, por supuesto, la GS, lo que daría una protección integral de los bienes jurídicos afectados, y no sólo en relación a la libertad. Debe garantizarse la perseguibilidad de la GS sin condiciones, al constituir dicha práctica

128 Preámbulo II. Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2022, págs. 124199-124269.

129 Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/GC/35. 26 de julio de 2017. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Docu mentos/BDL/ 2017/11405.pdf.

130 GREVIO/Inf (2020) 19, España, publicado el 25 de noviembre de 2020, pág.11. En: https://violencia genero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/InformeGrevioEspana.pdfP.11 (Consulta: 5/10/2024).

131 LLORIA GARCÍA, P., "El Delito de Trata de Seres Humanos y la necesidad de creación de una Ley Integral", *Estudios penales y criminológicos,* nº 39, 2019, pág. 395.

la mercantilización del cuerpo de la mujer y una forma más de violencia de género. En cualquier caso, creado el marco legal en nuestro país, sería necesaria y, añadimos, urgente, tal como recogía la Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGRN citada, la coordinación internacional para erradicarla de forma eficaz, lo que, en una práctica transnacional como esta sólo se consigue a través de la negociación de un Convenio internacional que la prohíba.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, M.M., "La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución", *Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª*, págs. 177-198.

CARRIO SANPEDRO, A. (ed.), Gestación *por Sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Madrid | Barcelona | Buenos Aires | São Paulo, 2021.

DEONANDAN, R.; GREEN, S.; VAN BEINUM, A., "Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism", *J Med Ethics* 38, 2012, págs. 742-745.

DÍAZ CREGO, M., "Paradiso y Campanelli c. Italia: ¿un pronunciamiento europeo contra la gestación por sustitución?", *Revista Española De Derecho Europeo*, (64), 2018, págs. 185–200.

DÍEZ FERNÁNDEZ, J.A., "El niño y la mujer gestante: los dos "eslabones" débiles en la cadena de la maternidad subrogada", *Revista europea de Historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, nº 13 (diciembre de 2018), en http:www.eumed.net/ rev/rehipip/13/diez.html.

DING, C., "Surrogacy litigation in China and beyond", *Journal of Law and the Biosciences, 2*(1), 2015, págs. 33-55.

EKIS EKMAN, K., *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Edicions Ballaterra, Barcelona, 2017.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., "Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania", *Revista de Derecho UNED, (RDUNED)*, núm. 26, 2020, págs. 153-194.

FERRER VANRELL, M. P., "La discutible constitucionalidad de la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 1, Época I, enero –abril, 2013, pág. 57-76.

GARCÍA, B. O., "La gestación subrogada en la nueva Directiva europea contra la trata de seres humanos". *Tribuna Feminista*, mayo 2024. Disponible en: https://tribuna feminista.org/2024/05/

la-gestacion-subrogada-en-la-nueva-directiva-europea-contra-la-trata-de-seres-humanos/.

GODOY VÁZQUEZ, M.O., "La Gestación Subrogada en la Jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, núm. 34, 2018, págs. 111-131.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., "Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 2017, págs. 117-131.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (coord.); LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.), *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019),* Dykinson, Madrid, 2019.

HELBLE, M., "The movement of patients across borders: challenges and opportunities for public health", *Bulletin of World Health Organization* 89, 2011, págs. 68-72.

LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.

LASARTE ÁLVAREZ, C., "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria", en *Diario la Ley*, (Sección Doctrina), núm. 7777, enero de 2012, (La Ley 22179/2011), en: www.laley.es.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. (coord.), *La gestación subrogada: una mirada multidisciplinar,* Universidad Pontificia Comillas, Ed. Sepín, Madrid, 2023.

LLORIA GARCÍA, P., "El Delito de Trata de Seres Humanos y la necesidad de creación de una Ley Integral", *Estudios penales y criminológicos,* núm. 39, 2019, págs. 353-402.

LÓPEZ GUZMÁN J., *Dimensión económica de la maternidad subrogada ("habitaciones en alquiler"),* Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª, págs. 199-218.

LÓPEZ MORATALLA, N., "Comunicación materno-fetal en el embarazo", *Cuadernos de Bioética.* XX (3), 2009, págs. 303-315.

MASIP, J.; GARRIDO, E.; y HERRERO, C., "Definición de engaño", *Anales de Psicología / Annals of Psychology*, 20 (1), 2004, págs. 147–172.

NADIMPALLY, S., *For Motherhood and for Market: Commercial Surrogacy in India In: New Cannibal Markets: Globalization and Commodification of the Human Body*. Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2015.

NUÑO GÓMEZ, L., "Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler", *ISEGORÍA, Revista de Filosofía Moral y Política,* núm. 55, julio-diciembre, 2016, págs. 683-700.

PARDO MIRANDA, M., "La adopción ilegal y la gestación subrogada como finalidades del delito de trata de seres humanos", *Anales de Derecho,* núm. 40, 2023, págs. 66-90.

PELLEGRINO, E.D., "The commodification of Medical and Health Care: The Moral consequences of a paradigm shift from a Professional to a Market Ethic", *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, 24 (3), 1999, págs. 243–266.

PÉREZ ALONSO, E. J., OLARTE ENCABO (dirs.); MERCADO PACHECO, P., RAMOS TAPIA, M. I. (coords.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, Barcelona, 2009.

RABINOWITZ, A., "The surrogacy cycle", *Virginia Quarterly Review Spring*, 2016, págs. 65-81.

REDONDO SACEDA, L., "Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada", *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá IX*, 2016, págs. 49-68.

RUDRAPPA, S., COLLINS, C., "Altruistic agencies and compassionate consumers: moral framing of transnational surrogacy", *Gender & Society*, 29, (6), 2015, págs. 937-959.

SMIETANA, M., "Affective De-Commodifying, Economic De-Kinning: Surrogates' and Gay Fathers' Narratives in U.S. Surrogacy", *Sociological Research Online,* Volume 22, Issue 2, may 2017, págs. 163-175.

SPAR, D., "Reproductive tourism and the regulatory map", *The* New*-England Medical Review and Journal,* 352, (6), 2005, págs. 531-533.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., "Los derechos humanos de los hijos de los soldados alemanes tras la Segunda Guerra Mundial. El caso de Noruega", *Anuario Español de Derecho Internacional,* vol. 35, 2019, págs. 181-218.

UTIAN, W.H.; SHEEAN, L.; GOLDFARB, J.M; KIWI, R., "Successful pregnancy after in vitro fertilization and embryo transfer from an infertile woman to a surrogate", *The New England Journal of Medicine,* 313, 1985, págs. 1351-1352.

YANAGIHARA, Y., "The practice of surrogacy as a phenomenon of 'bare life': An análisis of the Japanese case applying Agamben's theory", *Current Sociology*, 69, (2), 2021, págs. 231-248

ZEGERS-HOCHSCHILD, F.; ADAMSON, G.D.; DE MOUZON, J.; ISHIHARA, O.; MANSOUR, R.; NYGREN, K.; SULLIVAN, E.; VANDERPOEL: S., *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA),* JBRA Assist. Reprod, vol. 14, nº 2, abril-mayo-junio, 2010.

Los trabajos preparatorios de UNCITRAL para la elaboración de un Convenio sobre Documentos de Carga Negociables

The preparatory work of UNCITRAL for the development of a Convention on Negotiable Cargo Documents

MARÍA PAZ MARTÍN CASTRO
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Cádiz (España)

paz.martin@uca.es

https://orcid.org/0000-0003-1517-5578

Resumen: El conocimiento de embarque es, hasta el momento, el único documento de transporte dotado de eficacia representativa. La falta de eficacia traslativa del resto de documentos tradicionalmente emitidos para instrumentar las operaciones de transporte dificulta las posibilidades de comercialización de las mercancías en tránsito y las oportunidades de financiación de tales operaciones. Constada la existencia entre los operadores del tráfico de una demanda favorable a dotar a aquellos documentos de las mismas prerrogativas que al clásico documento de transporte marítimo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional encomendó en 2022 al Grupo de Trabajo VI la elaboración de un nuevo Instrumento internacional sobre documentos de carga negociables. El presente estudio analiza los aspectos fundamentales del régimen que el futuro Convenio procura al nuevo título representativo creado y avanza algunas de las cuestiones más problemáticas que pueden suscitarse en torno a la posible convivencia de los Instrumentos vigentes en materia de transporte internacional y el nuevo texto de UNCITRAL, pese a la pretendida no injerencia que proclama el Convenio proyectado.

Recepción: 05/11/2024 Aceptación: 14/11/2024

Cómo citar este trabajo: MARTÍN CASTRO, María Paz, "Los trabajos preparatorios de UNCITRAL para la elaboración de un Convenio sobre Documentos de Carga Negociables", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 347-376, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.10

Abstract: *The bill of lading is, so far, the only transport document endowed with representative effectiveness. The lack of transfer effectiveness in other documents traditionally issued for transport operations hinders the commercialization possibilities of goods in transit and limits financing opportunities for such operations. Recognizing a demand among transport operators to grant these documents the same prerogatives as the classic maritime transport document, in 2022 the United Nations Commission on International Trade Law entrusted Working Group VI with the task of developing a new international instrument for negotiable cargo documents. This study analyzes the fundamental aspects of the regime that the future Convention provides for the new representative title created, and addresses some of the most challenging issues that may arise regarding the potential coexistence of current instruments in international transport and UNCITRAL's new text, despite the intended non-interference asserted by the proposed Convention.*

Palabras clave: conocimiento de embarque, eficacia representativa, carta de porte, documento de carga negociable, sistema de doble vía.

Keywords*: bill of lading, representative effectiveness, consignment note, negotiable cargo document, dual-track system.*

Sumario: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. LA EFICACIA REPRESENTATIVA DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE FRENTE AL RESTO DE LOS DOCUMENTOS DE TRANSPORTE. 2. ALGUNOS PRECEDENTES DE LA LABOR UNIFORMIZADORA DE UNCITRAL SOBRE LOS DOCUMENTOS DE TRANSPORTE NEGOCIABLES. 3. LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE UNCITRAL EN TORNO A LA ELABORACIÓN DE UN DOCUMENTO DE TRANSPORTE NEGOCIABLE. 4. EL DOCUMENTO DE CARGA NEGOCIABLE DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONVENIO PROYECTADO. 4.1. Consideraciones generales. 4.2. Ámbito de aplicación del futuro Convenio. 4.2.1. Ámbito territorial de aplicación. 4.2.2. Ámbito objetivo de aplicación: el denominado enfoque de "doble vía". 4.3. La emisión del documento de carga negociable. 4.4. El contenido del documento de carga negociable. Su valor probatorio. 4.5. Alcance de los derechos que confiere el documento de carga negociable. Breve referencia al derecho de disposición. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS. LA EFICACIA REPRESENTATIVA DEL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE FRENTE AL RESTO DE LOS DOCUMENTOS DE TRANSPORTE

Originariamente, el conocimiento de embarque, documento tradicionalmente emitido para instrumentar las operaciones de transporte marítimo, desempeñaba como única función la de actuar como simple recibo de las mercancías embarcadas, acreditando las condiciones de su recepción por el porteador. Sin embargo, las necesidades del comercio marítimo promovieron a finales de la Edad Media la evolución

del clásico documento de transporte hacia su configuración como título-valor y, más adelante –en las postrimerías del siglo XVII–, como título representativo de los géneros embarcados; lo que permitió disponer de los mismos durante el transporte, al atribuirse a la "tradición" del documento los mismos efectos que a la tradición de las mercancías en él representadas[1]. De este modo y, de acuerdo con la ficción jurídica creada, la transmisión del conocimiento de embarque, conforme a su ley de circulación, supondría la transmisión del derecho de crédito incorporado al título, esto es, el derecho a reclamar la entrega de los géneros que se hallaban, en virtud del contrato de transporte, en poder del porteador. Surge, así, la eficacia representativa del conocimiento de embarque como respuesta de la práctica comercial a las necesidades de disposición de los géneros durante los largos desplazamientos marítimos, una vez que el cargador había perdido su disposición material (posesión inmediata)[2]. Pero, también, la referida eficacia traslativa se erigió en instrumento hábil para superar los obstáculos derivados de la pérdida de simultaneidad entre la puesta a disposición de las mercancías por el vendedor y su recepción por el comprador, impuesta por el distanciamiento geográfico entre las partes en las ventas con expedición ("ventas con entrega indirecta")[3]. Por lo demás, la reseñada evolución del título favoreció, gracias a su fiabilidad y a las funciones comerciales que de modo progresivo aquél iba adquiriendo, la mediación bancaria como medio para facilitar

1 La consagración positiva de la representatividad del conocimiento de embarque se produjo, aunque de forma matizada y fragmentaria, en el *Code de Commerce* de 1807, cuyos preceptos sirvieron a su vez de inspiración a los Códigos de Comercio italianos de 1842 y 1865. *Vid.*, ampliamente, al respecto, PENDÓN, M. A., *Los títulos representativos de la mercancía*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 60 a 66. En el ámbito de nuestro ordenamiento, en el que no disponemos de un régimen legal que comprenda y regule de forma unitaria los títulos-valores, el reconocimiento de la eficacia representativa del conocimiento de embarque se consagra expresamente en la LNM de 2014, cuyo artículo 251, bajo la rúbrica "eficacia traslativa", atribuye a la trasmisión del conocimiento de embarque los mismos efectos que a la transmisión de la mercancía representada en el título.

2 Largos viajes transoceánicos que comportaban, en principio, una gravosa inmovilización del valor económico de las mercancías transportadas. *Cfr.* RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos de transporte. Función representativa*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 40.

3 Esa falta de simultaneidad genera entre las partes una racional desconfianza en cuanto que el comprador no está dispuesto a pagar el precio antes de que se proceda a la entrega de los géneros y, por su parte, el vendedor se mostrará reacio a perder la posesión de los géneros sin obtener ninguna "garantía" de que aquéllos le serán abonados. Durante las últimas décadas del siglo XVIII y principios del siglo XIX, surgieron las primeras formas de compraventas marítimas, también denominadas "ventas documentales", como medio, en buena medida, de superar tales conflictos. Las ventas documentales reciben tal denominación habida cuenta de la estrecha relación de las mismas con el transporte y de la gran variedad de documentos generados. Aunque los documentos pueden variar dependiendo de cada operación, será común la emisión, entre otros, de los documentos propios de la operación de transporte en sentido estricto –conocimiento de embarque–; la póliza de seguro, la factura que exprese el importe de la operación, así como los documentos que se requieran a efectos de la importación/exportación, de conformidad con los acuerdos que al respeto hubieran adoptado las partes, tales como, por ejemplo, los que acrediten el origen o las condiciones sanitarias de las mercancías. Concretamente, por lo que se refiere al conocimiento de embarque, la entrega de éste, en cuanto que documento representativo de las mercancías, permitirá acreditar el cumplimiento por el vendedor de la obligación de entrega que le incumbe, en virtud del contrato de compraventa.

e incluso financiar las transacciones internacionales[4]. En definitiva, la significación económica del conocimiento de embarque y, particularmente, de su eficacia traslativa, trasciende la mera operación de transporte para extenderse, además, a las operaciones de compraventa, de seguro o de financiación que, habitualmente, rodean a la contratación marítima[5]; de ahí la relevancia que desde el punto de vista comercial ha adquirido el referido documento. Así, a través del conocimiento de embarque y, desde la perspectiva de la operación de compraventa, el vendedor puede acreditar la adecuada ejecución de la obligación que le incumbe –cumplimiento, por ejemplo, de la fecha de embarque y de la conformidad de las mercancías embarcadas–. Por su parte, el comprador gracias a la configuración del conocimiento como título representativo, dispone de la posibilidad de movilizar el valor comercial de las mercancías representadas en el título[6]. Y, de otro lado, el banco –financiador habitual de la operación de compraventa– y las compañías aseguradoras, obtienen la seguridad y protección que el "valor" del título les confiere tanto en cuanto a la certeza misma de la operación, como a la propia descripción de los géneros anotada en el conocimiento de embarque.

Sin embargo, frente al conocimiento de embarque, el resto de documentos tradicionalmente emitidos para instrumentar las operaciones de transporte terrestre y aéreo carecen de la referida eficacia representativa. Así, la carta de porte se configura como un documento de naturaleza privada que hace prueba de la existencia y del contenido del contrato celebrado entre el porteador y el expedidor acreditando, además, la recepción de las mercancías por aquél y el estado y condiciones en las que aquéllas se encontraban en el momento de la puesta a disposición[7]. Aun cuando en la práctica su emisión se halla muy extendida, la carta de porte no constituye elemento esencial del contrato de transporte, de modo que su ausencia o irregularidad no afectará a la validez de aquél[8], cuyo contenido podrá acreditarse recurriendo a otros medios de prueba.

---

4 La práctica internacional fue consagrando, a través de la mediación bancaria, diversos mecanismos orientados a acreditar el cumplimiento de las obligaciones de las partes –básicamente la del vendedor referida a la entrega de los géneros y la del comprador en relación con el pago del precio–. Así, en torno a la cláusula "pago contra documentos" surgió un variado conjunto de operaciones y de prácticas bancarias internacionales, de entre las que destaca el denominado "crédito documentario".

5 La evolución de las funciones desempeñadas por el conocimiento de embarque, puede consultarse en el Informe de las Secretaria de la UNCTAD sobre conocimientos de embarque, elaborado en Nueva York en 1971, TD/B/C.4/ISL/6/Rev.1.

6 Así, por ejemplo, el comprador podrá gravar la mercancía e incluso obtener financiación –crédito– sobre la base del valor de los géneros objeto del transporte. *Vid.*, sobre el particular, PENDÓN, M. A., *La compraventa C.I.F.*, Civitas, Pamplona, 2011, págs. 192 y 193.

7 En sus orígenes, la carta de porte era una "carta" que acompañaba a las mercancías y que el expedidor dirigía al destinatario describiendo las características de las mercancías expedidas e informándole de las condiciones del contrato. La entrega de la mercancía conforme a la descripción contenida en la carta, liberaría al porteador de su responsabilidad *ex receptum* al tiempo que le permitiría exigir, conforme a lo que hubieran acordado las partes, el precio del transporte. *Vid.* PENDÓN, M. A., "La carta de porte y la representación de las mercancías transportadas", en AA.VV., *El transporte terrestre nacional e internacional, Cuadernos de Derecho judicial*, Madrid, 1997, pág. 237.

8 *Cfr.* artículo 4º del Convenio Internacional relativo al Contrato de Transporte de Mercancías

En relación con el transporte ferroviario, las RU CIM –y en términos muy similares el Acuerdo SMGS[9]–, niegan el carácter de título-valor negociable a la carta de porte, al establecer expresamente en su artículo 6§5 que el referido documento no posee el valor de un conocimiento de embarque[10]. Careciendo, pues, de eficacia traslativa, la transmisión de la carta de porte no comporta la del derecho a la entrega de la mercancía ni, en última instancia, permite al cargador disponer de los géneros –con efectos jurídico-reales– durante el viaje. La eficacia del referido documento queda por tanto circunscrita, en buena medida, al terreno probatorio por su aptitud para acreditar, como se ha visto, el estado y las condiciones en las que el porteador recibió los géneros y el resto de las condiciones del transporte que se hayan consignado en la carta. Ello no impide reconocer la relevante función comercial que la carta de porte puede desempeñar en el tráfico desde el punto de vista del "derecho de disposición"[11], en la medida en que permite a quien la tenga en su poder impartir instrucciones al porteador mediante las cuales podrá recuperar o retener las mercancías y, en última instancia, modificar unilateralmente el contrato[12].

---

por Carretera, hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956 (CMR) y, en el mismo sentido, artículo 6º de las Reglas Uniformes de 1980 relativas al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Ferrocarril (CIM Apéndice B del Convenio, RU CIM en adelante). Adviértase que si bien el artículo 6º§2 RU CIM dispone que el contrato deberá hacerse constar mediante la emisión de una carta de porte, tal y como señala RECALDE, A. ("El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril: concepto, naturaleza y caracteres. La documentación del contrato", en AA.VV., *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pág. 51), la falta de determinación por el Convenio del sujeto obligado a su emisión y, particularmente, de las consecuencias que el incumplimiento de dicho mandato pueda llevar aparejada, permite concluir que no existe estricta obligación de que el contrato se refleje en una carta de porte.

9 Acuerdo sobre el Transporte Ferroviario Internacional de Mercancías –*Agreement On International Railway Freight Communications* (SMGS)–, redactado en 1951 y cuyas últimas enmiendas y suplementos han sido introducidos en julio de 2023. El referido acuerdo, administrado por la Organización de Cooperación Ferroviaria (OSJD) y en el que participan 29 Estados –incluidos 9 Estados miembros de la UE de Europa del Este–, consagra el régimen jurídico aplicable a los transportes internacionales de mercancías por ferrocarril que discurran por los países integrantes de Europa del Este y por territorio asiático. EL texto del Acuerdo SMGS puede consultarse en https://en.osjd.org/en/8910.

10 Las Reglas Uniformes relativas al Contrato de Transporte Internacional por Ferrocarril de Mercancías (CIM), figuran en el Apéndice B del Convenio relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril COTIF, hecho en Berna el 9 de mayo de 1980. El referido Convenio fue modificado por el Protocolo de Vilna de 3 de junio de 1999 y ratificado por nuestro país mediante Instrumento publicado en el *BOE* núm. 149, de 23 de junio de 2006.

11 El derecho de disposición, institución clásica en el transporte de mercancías, no ha de confundirse con la posibilidad que la eficacia representativa atribuye al tenedor del título para disponer y trasmitir las mercancías con efectos reales; sino que supone la facultad reconocida al expedidor, al destinatario e, incluso, eventualmente a un tercero, para impartir al porteador ordenes e instrucciones que modifiquen el contrato inicialmente celebrado. *Vid.*, al respecto, *infra* el apartado 4.4. Alcance de los derechos que confiere el documento de carga negociable. Breve referencia al derecho de disposición.

12 Así, el comprador de los géneros e incluso el banco que haya financiado la operación, contarán con la garantía de que el cargador no podrá modificar unilateralmente el contrato de transporte ni, en consecuencia, podrá impartir nuevas instrucciones al porteador acerca del destino de las mercancías. *Vid.* ampliamente al respecto RECALDE, A., "El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril…", *Op. cit.*, págs. 139 y ss.

En el ámbito del transporte por carretera, la carta de porte participa también de la naturaleza de "documento no negociable"[13], compartiendo con la carta de porte ferroviaria los rasgos ya descritos en cuanto a su eficacia probatoria y a su funcionalidad como recibo de los géneros por el porteador[14].

2. ALGUNOS PRECEDENTES DE LA LABOR UNIFORMIZADORA DE UNCITRAL SOBRE LOS DOCUMENTOS DE TRANSPORTE NEGOCIABLES

En la actualidad, según datos de la OMI, el transporte marítimo mueve el noventa por ciento de la carga mundial. Sin embargo, desde hace varias décadas, diversas iniciativas nacionales y regionales se han orientado hacia el impulso de otras modalidades de transporte, particularmente el transporte ferroviario, habida cuenta de las ventajas que éste presenta desde el punto de vista de la sostenibilidad medioambiental, de su eficiencia y de su menor coste[15]. El transporte ferroviario de larga distancia se muestra, así, como un canal idóneo para los intercambios comerciales –particularmente entre Europa y Asia–, al atender a las necesidades del cliente y procurar al mismo tiempo una utilización conveniente y rentable del sistema de transporte. En este contexto, como se verá, la limitada eficacia propia de las cartas de porte ferroviario, particularmente, su configuración como documento no negociable, pueden constituir un serio obstáculo en el pretendido impulso de dicha modalidad de transporte.

Ahora bien, la expansión del transporte ferroviario, exige, más allá de los esfuerzos materiales –construcción de infraestructuras adecuadas desde el punto de vista logístico[16]–, una intensa labor de uniformización que impida que la diversidad normativa

13 Adviértase, sin embargo, que el propio CMR admite la posibilidad de emitir cartas de porte con eficacia representativa al establecer en su artículo 1º.5 que "las partes se comprometen a no modificar en absoluto este Convenio por medio de acuerdos particulares entre dos o varios de ellos, a no ser que tal modificación consista en […] autorizar el uso de la carta de porte representativa de la mercancía a los transportes efectuados exclusivamente en su territorio".

14 Conforme dispone el artículo 9.º1 CMR "la carta de porte da fe, salvo prueba en contrario, de las condiciones del contrato y de la recepción de las mercancías por el transportista".

15 En Europa, el sector del transporte es el responsable de la cuarta parte de las emisiones de gases de efecto invernadero. De ahí que, en la última década, las políticas de transporte de la UE se hayan orientado a fomentar un cambio modal de la carretera al ferrocarril, así como a las vías navegables interiores. Por otra parte, y como se destaca en el *Handbook on the external costs of transport* (versión 2019), elaborado bajo los auspicios de la Comisión Europea, los costes externos del transporte ferroviario son inferiores a los que generan los vehículos pesados. Sin embargo, el transporte ferroviario continúa enfrentándose al *hándicap* de su menor flexibilidad –frente al transporte por carretera– y a la imposibilidad de atender a la demanda "puerta a puerta".

16 El Reglamento 1315/2013 de la UE por el que se estableció la política de la Red Transeuropea de Transporte (TEN-T) se ha erigido en un instrumento útil para el desarrollo de las infraestructuras de transporte entre los países de la UE. La red TEN-T se compone de nueve corredores que conforman la Red básica, además de las Autopistas del Mar y el Sistema Europeo de Gestión del Tráfico Ferroviario (ERTMS). La última revisión de las orientaciones de la TEN-T tuvo lugar el pasado mes de abril de 2023 mediante la adopción por el Parlamento Europeo y el Consejo de un acuerdo provisional que presenta

reste eficacia en términos de competitividad. Desde esta perspectiva, diversas organizaciones intergubernamentales implicadas en el ámbito ferroviario, trabajan desde hace años en la armonización e interoperabilidad de las operaciones ferroviarias. En esa labor armonizadora ocupa un lugar destacado la regulación de los documentos de transporte ferroviario y, más precisamente, la conveniencia de dotar a los mismos de naturaleza negociable[17]. Así, la Comisión Económica para Europa (CEPE), a través de un Grupo de Expertos creado en el seno del Grupo de Trabajo sobre Transporte por Ferrocarril (SC.2)[18], trabaja desde finales de 2009 en la unificación de la legislación ferroviaria[19] mediante la elaboración de un Proyecto de Convenio sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por ferrocarril[20]. De modo similar a lo

como principal novedad el impulso del transporte multimodal ejecutado en una de sus fases por vía férrea o a través de vías navegables interiores. El texto del acuerdo, que fue adoptado formalmente por el Parlamento europeo en sesión plenaria el 24 de abril de 2024, puede consultarse en la siguiente dirección: https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/135/las-redes-transeuropeas-orientaciones.

17 Precisamente, uno de los primeros pasos en la tarea unificadora viene constituido por la elaboración en el año 2006 de un modelo de carta de porte CIM/SMGS, que fue preparado por el Comité Internacional de Transportes Ferroviarios (CIT), con la colaboración de la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril (OTIF) y la Organización de Cooperación Ferroviaria (OSJD). La creación del referido modelo estandarizado, contribuirá a facilitar el tránsito ferroviario de mercancías entre las zonas que se rigen por las RU CIM y aquellas otras en las que resulta de aplicación el Acuerdo SMGS. La OTIF y la OSJD han elaborado, además, una guía de aplicación del referido modelo –*CIM/SMGS Consignment Note Manual*– que puede consultarse en https://cit-rail.org/media/files/glv¬¬_cim-smgs.

18 El grupo de expertos cuenta con la participación activa de OTIF, OSJD y *Op. cit.*

19 Los precedentes de la labor armonizadora de la CEPE en este ámbito y las razones que avalan la uniformización de la regulación proyectada, pueden consultarse en el documento *Towards unified railway law in the pan-European region and on Euro-Asian transport corridors*, ECE/TRANS/2011/3.

20 La versión más reciente del proyecto de legislación ferroviaria unificada figura en el documento ECE/TRANS/SC.2/GEURL 2021/3. En su última reunión, celebrada en enero de 2021, el Grupo de Expertos debatió acerca de si, redactado el Convenio proyectado, éste habría de coexistir con los sistemas CIM-COTIF y con el Acuerdo SMGS; o si, por el contrario, el nuevo régimen habría de sustituir a los referidos sistemas, configurándose como el nuevo y único régimen aplicable al transporte internacional de mercancías en el ámbito ferroviario.
La Federación de Rusia, China y la mayoría de los países de Asia Central son miembros de la OSJD, creada en 1956. Los contratos de transporte internacional de mercancías por ferrocarril celebrados entre estos países quedan sometidos a las normas de la referida organización. Ello supone que los expedidores y las empresas ferroviarias que prestan servicios de transporte de mercancías por ferrocarril entre Europa y China han de celebrar dos contratos distintos, sometidos a regímenes jurídicos diversos. Esta situación constituye un obstáculo para el creciente tráfico ferroviario entre Europa y Asia, al tiempo que resta competitividad a este tipo de servicios. La iniciativa relativa a la Legislación Ferroviaria Unificada de la CEPE/ONU pretende resolver tales cuestiones. Los antecedentes de la iniciática se remontan al año 2009 cuando se constituyó un Grupo de Expertos en Legislación Ferroviaria Unificada (LFU) al que se encomendó la tarea de sentar las bases para la armonización de la legislación sobre transporte ferroviario con vistas a mejorar la competitividad de los servicios euroasiáticos de transporte ferroviario de mercancías. El Grupo reunió a expertos de la Federación de Rusia, Suiza, Turquía, varios Estados miembros de la UE, la Comisión Europea (como observadora) y las organizaciones, asociaciones y empresas ferroviarias internacionales pertinentes (OTIF, la OSJD, el CIT, *Deutsche Bahn* y PKP Cargo, entre otras). *Vid.*, más ampliamente, sobre los antecedentes de la iniciativa el documento *Towards unified railway law in the pan-European region and on Euro-Asian transport corridors-Position paper by the Working Party on Rail Transport* (ECE/TRANS/2011/3).

establecido por las RU CIM[21], el Convenio proyectado prevé también la posibilidad de extender su ámbito de aplicación más allá del transporte exclusivamente ferroviario para resultar aplicable, además, a las operaciones de transporte multimodal en las que el modo ferroviario se combine con otras modalidades de transporte[22]. En relación con la documentación del contrato, el referido Proyecto confiere a las partes la posibilidad de optar por la emisión de un documento de transporte negociable –*consignment bill*– o a través de una carta de porte –consignment note–[23].

También la Organización de Cooperación Ferroviaria (OSJD) ha emprendido una intensa labor de investigación en torno a la posibilidad de introducir, en el marco del SMGS, un documento de transporte dotado de eficacia representativa[24]. Por su parte, la OTIF, a través de un Grupo de Trabajo de Expertos Jurídicos[25], ha analizado la pretendida negociabilidad de los documentos de transporte ferroviario, iniciando al efecto, a través de su Secretaría, una primera fase de consultas con los miembros de la referida Organización internacional y con los operadores del sector a fin de conocer su posición al respecto[26].

---

21 En efecto, las Reglas Uniformes CIM, siguiendo la senda marcada por el artículo 2.º CMR, prevé la extensión de su régimen a los contratos de transportes que, aun discurriendo principalmente a través del medio ferroviario incluyan, además, como trayecto complementario, un tramo de carretera, navegación interior o un trayecto marítimo (artículo 1§3).

22 Siempre que el Convenio proyectado no contravenga un Tratado internacional que rija esa otra modalidad de transporte y que el Estado contratante, cuya ley resulte aplicable a dicho contrato de transporte multimodal, no haya declarado que el régimen consagrado en el Convenio proyectado no resultará de aplicación a las operaciones de transporte multimodal. *Cfr.* artículo 1º§2 del Proyecto de Convenio.

23 Por su parte, la carta de porte se define en el Proyecto como *document which confirms the conclusion and the content of the contract of carriage*. *Cfr.* artículo 2.11 del Proyecto de Convenio.

24 En el transcurso de su 47º periodo de sesiones, celebrado en junio de 2019 en Varsovia, la OSJD constituyó un Grupo de Trabajo Provisional sobre la Función de Título Representativo de Mercancías de las Cartas de Porte Ferroviaria. El Grupo de Trabajo ha redactado un anexo del SMGS en el que, entre otras cuestiones, se define la carta de porte como documento negociable y las circunstancias en las que se utilizará dicho documento en el marco del SMGS. *Cfr.* la Nota de la Secretaría de UNCITRAL sobre *La posible labor futura en materia de cartas de porte ferroviario* (A/CN.9/1034, párr. 21).

25 En su cuarta reunión, celebrada el 15 de abril de 2021, el Grupo de Expertos encomendó a la OTIF, entre otras tareas, continuar cooperando con algunas asociaciones y organizaciones internacionales, tales como la CCI, UNCITRAL, la OSJD y el CIT, en relación con la posible labor futura de la OTIF sobre la negociabilidad de los documentos de transporte ferroviarios. *Cfr.* la Nota de la Secretaría de UNCITRAL sobre *Resultados de la labor preparatoria de la secretaria CNUDMI destinada a elaborar un nuevo Instrumento internacional sobre los documentos de transporte multimodal negociables* (A/CN.9/1061, párr. 9).

26 En septiembre de 2021, la Asamblea General de la OTIF creó, por un período de tres años, una Comisión Especial de Asuntos Jurídicos y Cooperación Internacional (Comisión Especial), a la que se encomendó las actividades del Grupo de Expertos y, particularmente, la digitalización de los documentos de transporte de mercancías electrónicos. *Cfr.* la Nota de la Secretaría sobre los resultados de la labor preparatoria de la secretaría de la CNUDMI destinada a elaborar un nuevo Instrumento internacional sobre los documentos de transporte multimodal negociable, A./CN. 9/1.101, párr. 12.

En este contexto, en el año 2019, con ocasión de la celebración del 52º periodo de sesiones de UNICITRAL, el Gobierno de la República Popular China, presentó a la Secretaría del referido órgano de Naciones Unidas una propuesta dirigida a que la Comisión encaminara su labor futura hacia la resolución de los problemas derivados de la naturaleza no negociable de las cartas de porte emitidas en el ámbito del transporte ferroviario[27]. En su propuesta, el Gobierno chino advirtió de los inconvenientes que planteaba la falta de eficacia representativa de la carta de porte, no ya sólo en cuanto impedía la negociación de las mercancías en tránsito, sino, además, desde la perspectiva de las operaciones de financiación, en cuanto tales documentos no pueden ser utilizados como medios de pago en las operaciones de crédito documentario; lo que además de generar una mayor presión financiera sobre los importadores, incrementa el riesgo de impago sobre los exportadores[28]. En tales circunstancias, en la propuesta dirigida a UNCITRAL, se sugirió la conveniencia de elaborar un nuevo Instrumento internacional que, en aras de la armonización y modernización de la regulación, sometiera a los documentos de transporte negociable a un régimen jurídico uniforme, independientemente de la modalidad de transporte que documenten, aplicable, en consecuencia, también a las operaciones de transporte ejecutadas mediante la yuxtaposición de una pluralidad de modos[29].

Antes de proceder al examen de la labor realizada por UNCITRAL tras la propuesta presentada por el gobierno chino, conviene tener presente que, en el ámbito del transporte multimodal, la posibilidad de emitir un documento naturaleza negociable que cubra la totalidad del trayecto –DTM–, resulta expresamente consagrada por el Convenio de Ginebra de 1980 sobre Transporte Multimodal Internacional de Mercancías (CTM, en adelante)[30]. Aunque el referido Instrumento internacional no ha entrado en vigor, por no haber alcanzado el número de ratificaciones exigidas por su artículo 36[31], el régimen consagrado en el referido Convenio internacional en torno a la documentación de las operaciones de transporte multimodal, resulta extraordinariamente ilustrativo a fin de conocer la naturaleza, las características y

27 *Cfr.* el documento *Posible labor futura en materia de cartas de porte ferroviario. Propuesta del Gobierno de la República Popular China,* en cuyo Anexo figura la propuesta recibida por la Secretaria de UNCITRAL (A/CN.9/998).

28 *Cfr.* el documento *Posible labor futura en materia de cartas de porte ferroviario. Propuesta del Gobierno de la República Popular China* (A/CN.9/998, párr. 3).

29 Más precisamente, la propuesta de la República Popular China instaba a la Comisión a "formular normas con respecto a un conocimiento de embarque unificado, que sería de aplicación al transporte ferroviario, por carretera y aéreo, tanto cuando se usara como una sola modalidad de transporte como cuando se combinaran dos o más, con el objetivo de que se pudiera utilizar un único conocimiento de embarque unificado para controlar y recibir la carga".

30 *Cfr.* artículo 6º CTM.

31 El Convenio de Ginebra de 1980 quedó abierto a la firma desde el 1 de septiembre de 1980 hasta el 31 de agosto de 1981 (*Cfr.* artículo 34.2 CTM). Hasta el momento sólo los Gobiernos de diez Estados han ratificado el referido convenio internacional: Chile, México y Georgia (1982). Posteriormente, el convenio ha recibido las ratificaciones de Senegal, Malawi y Marruecos (1984), Ruanda (1987), Zambia (1991), Burundi y, finalmente, Libia.

el régimen de los documentos de transporte multimodal. Conviene además subrayar que algunas de las principales cuestiones documentales que se suscitan en torno a las operaciones de transporte multimodal, trataron de ser resueltas por los propios operadores del tráfico mediante la elaboración de las Reglas uniformes relativas a un documento de transporte combinado, redactadas por la CCI en 1973 y, posteriormente revisadas en 1975 (*Uniform Rules for a Commbined Transport Document*; ICC Pub. núm. 298). En 1992, las antiguas Reglas fueron sustituidas por unas nuevas, elaboradas mediante la colaboración conjunta de la UNCTAD y de la CCI (*UNCTAD/ICCC Rules for Multimodal Transport Documents*, ICC Pub. nº 481). A diferencia del Convenio CTM, las referidas Reglas, inspiradas en dicho Convenio, aunque también en otros textos internacionales –Reglas La Haya-Visby, principalmente–, han obtenido un extraordinario respaldo por los operadores del sector quienes, generalmente, suelen incorporar su contenido a los formularios tipos que elaboran[32]. Y en este punto nos encontramos. Así, las Reglas UNCTAD/CCI, constituyen, por el momento, el régimen jurídico aplicable al transporte multimodal por vía de su incorporación por las partes al contrato, resultando el referido instrumento convencional uno de los principales elementos uniformadores del que se dispone en este sector del tráfico.

3. LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE UNCITRAL EN TORNO A LA ELABORACIÓN DE UN DOCUMENTO DE TRANSPORTE NEGOCIABLE

Tras la celebración de su 52º periodo de sesiones y, ante la complejidad de la demanda planteada por el Gobierno de China, la Comisión encomendó a la Secretaría el estudio de las cuestiones jurídicas que suscitaba el empleo de las cartas de porte ferroviaria. En estrecha coordinación con otras organizaciones internacionales[33], la Secretaría llevó a cabo una amplia labor de investigación, celebrando numerosas consultas con expertos y operadores del sector[34], tras la que concluyó que efectivamente existía una amplia demanda, no circunscrita exclusivamente al tráfico ferroviario, referida a la negociabilidad de los documentos de transporte[35]. Con tales resultados, la Comisión

32 Así, por ejemplo, la última versión del *FIATA Multimodal Transport Bill of Lading [FBL].*

33 Tales como OTIF, OSJD, CIT CEPE, la CCI y la FIATA, entre otras.

34 El grupo de expertos estudió la propuesta por primera vez en el marco del Simposio de Alto Nivel sobre el Uso de la Carta de Porte Ferroviario y el Marco Jurídico Futuro del Comercio Internacional –Simposio de Chongqing–, evento celebrado los días 11 y 12 de diciembre de 2019 en Chongqing (China) y organizado conjuntamente por el Ministerio de Comercio de China, algunas entidades públicas chinas y la secretaría de la CNUDMI.

35 Los Informes de la Secretaria sobre los resultados de su labor de investigación pueden consultase en sendas Notas de la Secretaría *Posible labor futura en materia de cartas de porte ferroviario y Resultados de la labor preparatoria de la secretaria CNUDMI destinada a elaborar un nuevo Instrumento internacional sobre los documentos de transporte multimodal negociables* (Documento A/CN.9/1034 y A/CN.9/1061, respectivamente).

asumió el reto planteado e inició los trabajos preparatorios en aras de la elaboración de un nuevo Instrumento internacional sobre documentos de transporte multimodal negociable; si bien, posteriormente, tras extenderse el ámbito de aplicación del Convenio proyectado a los transportes unimodales, el proyecto sustituyó el término documento de transporte multimodal por documento de carga negociable.

En su 55º periodo de sesiones, celebrado en Nueva York entre los meses de junio y julio de 2022, la Comisión encomendó al Grupo de Trabajo VI[36] la elaboración del nuevo Proyecto de Instrumento que tomaría como base el Anteproyecto[37] que había redactado la Secretaría y en el que se incorporaban las conclusiones alcanzadas en el marco de dos reuniones mantenidas con grupos de expertos y organizaciones interesadas[38].

El Grupo de Trabajo examinó por primera vez el tema en su 41º periodo de sesiones celebrado en Viena entre el 28 de noviembre y el 2 de diciembre de 2022[39]. En sus primeras deliberaciones el Grupo adoptó dos relevantes decisiones en torno a la forma del proyecto y a su ámbito de aplicación. Con respecto a la primera de las cuestiones apuntadas y, en aras de alcanzar el mayor grado de uniformidad posible, se acordó que el nuevo Instrumento proyectado habría de adoptar la forma de Convenio internacional; si bien la Secretaría no descartaba la posibilidad de optar por la fórmula de la Ley Modelo a fin de evitar posibles conflictos con los vigentes Instrumentos internacionales unimodales.

De otra parte, y en relación con su ámbito de aplicación material, se acordó que el nuevo texto consagraría el régimen jurídico aplicable a los títulos emitidos para documentar operaciones de transporte internacional de mercancías, con independencia de si su ejecución se realizaba a través de un único modo de transporte o mediante la yuxtaposición de diversos modos[40]. El nuevo documento, denominado

---

36 *Cfr.* Nota de la Secretaría sobre *Documentos de Transporte Multimodal Negociables* (A/CN.9/WG.VI/WP.96, págs. 3 a 7).

37 El texto del Anteproyecto elaborado por la Secretaría de UNCITRAL figura como Anexo en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.96.

38 La primera de estas reuniones, que versó sobre la negociabilidad de los documentos de transporte, tuvo lugar en línea los días 10 y 11 de noviembre de 2021 participando en ella más de 30 expertos, entre los que se encontraban autoridades gubernamentales, organizaciones internacionales y regionales, profesionales y académicos. En la segunda reunión, celebrada los días 30 y 31 de marzo de 2022, se analizaron las cuestiones referidas a la desmaterialización de los documentos de transporte. *Cfr.* el Documento A./CN.9/WG VI/WP.95. párr. 9.

39 *Cfr.* el Documento A/CN.9/WG.VI/WP.95, párr. 14.

40 En el marco de las consultas que realizó la Secretaria para la redacción del Anteproyecto se sugirió que el Instrumento proyectado extendiese su ámbito a todos los modos de transporte e independientemente de si la ejecución de la operación se realizaba a través de un solo modo o mediante la combinación de varios, en cuyo caso, resultaría también indiferente si el trayecto incluía o no un tramo marítimo. *Cfr.*, al respecto, el Documento A/CN.9/WG.VI/WP.96, párr. 12, que en tal sentido establece que "[…] aunque se defina como instrumento sobre documentos de transporte "multimodal" negociables, el nuevo instrumento pretende aplicar un criterio "neutral en cuanto a la modalidad", a fin de incluir en su ámbito de aplicación tanto el transporte unimodal como el multimodal".

ya en el Anteproyecto redactado por la Secretaría, como documento de carga negociable –DCN, en adelante–, pretende absorber las funciones clásicas tradicionalmente desempeñadas por los títulos representativos de la mercancía, pero sin que su emisión lleve aparejada en todos los supuestos, como se verá, la duplicidad documental. Por otra parte, en aquellas hipótesis en las que conforme a lo dispuesto en el artículo 3º.3, el documento de carga negociable deba emitirse como documento independiente, éste no sustituirá a ningún documento de transporte que el operador se halle obligado a emitir conforme a la ley aplicable al contrato de transporte o a los pactos que en este sentido hubieran celebrado las partes[41]. Se pretende, de este modo, que el régimen consagrado por el nuevo Instrumento no interfiera en los regímenes previstos en los diferentes Convenios unimodales que regulan el contrato de transporte de mercancías. Esto es lo que se ha denominado el enfoque de "doble vía" del Instrumento proyectado[42], conforme al cual el futuro Convenio coexistirá con los Instrumentos internacionales que rigen las diferentes modalidades de transporte, sin que se pretenda, al menos desde una perspectiva jurídica, que el régimen jurídico en él consagrado, referido en exclusiva a la negociabilidad de los documentos de transporte, incida en el régimen de responsabilidad aplicable[43].

4. EL DOCUMENTO DE CARGA NEGOCIABLE DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONVENIO PROYECTADO

4.1. Consideraciones generales

Desde el año 2022 el Grupo de Trabajo VI se ha reunido en tres nuevas ocasiones. La última de ellas tuvo lugar con ocasión de su 44º periodo de sesiones, celebrado en Nueva York los días 4 a 10 de mayo de 2024. Durante el transcurso de esa nueva sesión el Grupo de Trabajo continuó debatiendo a cerca del contenido del futuro Instrumento, sobre la base de una versión revisada y anotada del anteproyecto de Convenio elaborada por la Secretaría[44].

En su versión actual, el proyecto de Convenio, integrado por diecisiete artículos,

41 *Cfr.*, en este sentido, el Informe del Grupo de Trabajo VI (Documentos de Transporte Multimodal Negociables) sobre la labor realizada en su 41º período de sesiones (Viena, 28 de noviembre a 2 de diciembre de 2022) A/CN.9/1127, párr. 11.

42 El referido enfoque limitado o de "doble vía", que ya fue consagrado en el Anteproyecto elaborado por la Secretaría, obedece a las demandas que, en las consultas celebradas por ésta con diversos grupos de expertos y operadores del sector, fueron manifestadas a fin de evitar que el nuevo texto incidiera en el régimen de responsabilidad del porteador previsto en los diferentes Instrumentos internacionales reguladores de la actividad del transporte.

43 *Vid.* la Nota de la Secretaría sobre *Documentos de transporte multimodal negociables* (A/CN.9/WG.VI/WP.96, párr. 11, pág. 4).

44 El texto del anteproyecto puede consultarse en la Nota preparada por la Secretaría el 22 de septiembre de 2023 en la que se recogen las deliberaciones sostenida por el Grupo en su 41 y 42 periodo de sesiones. *Cfr.* el documento A/CN.9/WG.VI/WP.100.

se estructura en tres Capítulos en los que, tras delimitar su ámbito de aplicación –Capítulo I–, se disciplinan de forma separada los Documentos de Carga Negociable –Capítulo II– y los Documentos de Carga Negociable emitidos en forma electrónica –Capítulo III–. En las páginas siguientes se analizará, exclusivamente, el régimen que el futuro Convenio de UNCITRAL consagra en su Capítulo II, a fin de destacar los aspectos más relevantes de la disciplina proyectada y la conciliación de ese nuevo régimen con la regulación consagrada por los diferentes Instrumentos internacionales reguladores de la actividad del transporte en sus diferentes modalidades

4.2. Ámbito de aplicación del futuro Convenio

4.2.1. Ámbito territorial de aplicación

El artículo 1º del Instrumento proyectado fija, en su apartado primero, el ámbito de aplicación del Convenio estableciendo que quedan sometidos al mismo la emisión, transmisión y efectos jurídicos de los documentos de carga negociable cuando el lugar en el que el operador de transporte deba tomar las mercancías bajo su custodia o el lugar de entrega de las mismas se halle situado en un Estado contratante[45]. Bastará pues con que uno de los dos países haya ratificado el Instrumento proyectado para que éste resulte de aplicación. De esta forma, el Proyecto ha optado por la fijación un ámbito de aplicación amplio[46], contrario al criterio manifestado por algunos países durante las consultas realizadas por la Secretaría en el proceso de elaboración del Anteproyecto[47]. En contra del criterio restrictivo que exige que tanto el lugar de recepción de la mercancía como el de entrega de entrega se hallen situados en Estados contratantes, se ha denunciado que su inclusión generaría un elevado grado de incertidumbre en relación con la aplicabilidad o no del futuro Instrumento, habida cuenta de la posible transmisión de los géneros durante el transporte. Por esta razón, el Grupo de Trabajo ha decidido, por el momento, mantener el criterio delimitador amplio descrito[48], si bien ha sugerido a la Secretaría la formulación

45 Artículo 1.º Ámbito de aplicación:
"La presente Convención será aplicable a la emisión, la transmisión y los efectos jurídicos de los documentos de carga negociables que se emitan en relación con el transporte internacional de mercancías:
a) cuando el lugar en que el operador de transporte haya de tomar bajo su custodia las mercancías conforme a lo estipulado en el contrato de transporte esté situado en un Estado contratante, o
b) cuando el lugar en que el operador de transporte haya de entregar las mercancías conforme a lo estipulado en el contrato de transporte esté situado en un Estado contratante".

46 Este mismo criterio es el consagrado en el artículo 2º del Convenio CTM.

47 Los partidarios del criterio delimitador restrictivo adujeron en su defensa su establecimiento reduciría el riesgo de conflictos de leyes y, por consiguiente, de litigios. *Cfr.* el Informe del Grupo de Trabajo VI (Documentos de carga negociables) sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones (A/.CN.9/1164. párr.16).

48 Idéntico criterio delimitador consagran algunos Instrumentos unimodales reguladores de la actividad del trasporte a fin de establecer su ámbito de aplicación. *Cfr.* al respecto el artículo 1º.1 del Convenio CMR y el artículo 2º Reglas de Hamburgo, frente al criterio restrictivo consagrado por las Reglas Uniformes CIM que exige que tanto el país de recepción de las mercancías como el de entrega

de un mecanismo adicional que, a modo de "solución intermedia", consienta a las partes excluir voluntariamente la aplicación del futuro Convenio mediante una cláusula *opting out* inserta en el contrato de transporte[49]. En esta misma línea, la Secretaría ha propuesto, además, un tercer mecanismo que limitaría el ámbito de aplicación del Convenio. Conforme al mismo se exigiría que tanto el lugar de toma de las mercancías bajo la custodia del operador como el lugar de entrega se sitúen en Estados que hayan ratificado el Convenio; si bien el rigor de este tercer mecanismo podría dulcificarse a través de la inclusión en el artículo 1º de un nuevo subapartado –letra c)– en cuya virtud las partes podrán acordar someterse voluntariamente al Convenio, pese a no cumplirse la exigencia cumulativa requerida[50]. Se trataría en ambos casos –tanto si se impone un criterio delimitador amplio como si se opta por el criterio restrictivo– de hacer prevalecer la voluntad de las partes respecto del régimen consagrado en el Instrumento proyectado, permitiendo así a aquéllas elegir la regulación que mejor se adapte a sus intereses y, en última instancia, el Derecho rector de su contrato.

Por lo demás, el proyecto de Convenio, tal y como establece expresamente el artículo 1.º, resultará de aplicación a los transportes "internacionales". La definición del término no se contiene en la versión actual del Instrumento proyectado tras ser eliminada por el Grupo de Trabajo de entre las que se recogen en el artículo 2.º. Básicamente, la exclusión obedeció a que, tratándose de una expresión comúnmente conocida, su definición suele contenerse, además, en la mayor parte de los Instrumentos unimodales reguladores de la actividad del transporte[51]. Ello no obs-

---

hayan ratificado el Convenio –aun cuando el rigor del criterio resulta matizado, como se verá, en el apartado segundo del referido artículo 1.º–. Por otro lado, el Convenio CTM sobre Transporte Multimodal y las Reglas de Rotterdam han optado también por el que hemos denominado criterio amplio.

49 Se trata de una previsión similar a la contenida en el artículo 6º de la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, en cuya virtud las partes podrán excluir la aplicación del referido Instrumento internacional o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones. La referida exclusión podrá manifestarse de modo expreso mediante cláusula inserta en el propio contrato; o bien, de forma tácita, a través de la designación por las partes, como Derecho rector del contrato, del Derecho interno de un Estado que no haya ratificado la Convención de Viena. *Vid.* ampliamente sobre el particular, CALVO CARAVACA, A. L., "Ámbito de aplicación y disposiciones generales" en AA.VV., *La Compraventa Internacional de Mercancías. Comentario de la Convención de Viena*, coord. Díez Picazo, L., Navarra, 1997, págs. 92 y ss.

50 Una previsión similar se contiene en el artículo 1.º 2 *in fine* de las Reglas Uniformes CIM, en cuya virtud las mencionadas Reglas extienden su ámbito de aplicación a supuestos no previstos en el apartado primero del artículo 1.º siempre que así lo decidan las partes de un contrato. De este modo, la referida fórmula negocial inserta en el contrato de transporte, permitirá que el referido Instrumento internacional resulte de aplicación a transportes internacionales por ferrocarril que tengan su origen o destino en un país que no lo haya ratificado. *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., "Ámbito de aplicación de las Reglas Uniformes reguladoras del transporte internacional de mercancías por ferrocarril: los sujetos", en AA.VV., *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, *Op. cit.*, págs. 30 y ss.

51 En la reunión celebrada en el seno de su 42º periodo de sesiones (Nueva York, 8 a 12 de mayo de 2023), el Grupo de Trabajo, tras aclarar que la internacionalidad exigía que el trayecto discurriera por

tante, conviene aclarar que la internacionalidad del transporte, como presupuesto necesario para que se aplique el futuro Instrumento, habrá de predicarse de los pactos adoptados por las partes en el momento de la celebración del contrato en relación con el lugar de recepción de las mercancías (*rectius* toma bajo custodia) y el de entrega de las mismas, debiendo hallarse ambos situados en países diferentes[52].

4.2.2. Ámbito objetivo de aplicación: el denominado enfoque de "doble vía"

El Instrumento proyectado extiende su ámbito de aplicación a la emisión, transmisión y efectos jurídicos de los documentos de carga negociables expedidos con ocasión de la celebración de un contrato de transporte internacional e independientemente de que el traslado discurra por un único medio de transporte o que su ejecución se efectúe mediante la yuxtaposición de una pluralidad de modos. En cualquiera de ambos supuestos, se pretende que la regulación contenida en el futuro Convenio no interfiera −pese a la complejidad que ello supone− en los regímenes de responsabilidad vigentes en materia de transporte[53] y que el documento de carga negociable, cuando se expida como documento "independiente", no sustituya al documento de transporte que, conforme al derecho aplicable a una determinada fase del transporte, deba emitirse a fin de documentar dicho tramo; si bien, como se verá, no en todos los supuestos será necesario que se expidan dos documentos diferentes −documento de carga negociable y documento de transporte−[54]. Esto es

distintos Estados, decidió eliminar el término transporte internacional de las definiciones contenidas en el artículo 2º. La definición del término finalmente eliminado era la siguiente: "Por "transporte internacional de mercancías" se entenderá el porte de mercancías por uno o más modos de transporte en virtud de un contrato de transporte desde un lugar situado en un país en que el operador de transporte recibe las mercancías hasta otro lugar designado para su entrega situado en un país diferente". *Cfr*. la Nota de la Secretaría sobre *Documentos de Carga negociables* (A/CN.9/WG.VI/WP.98, pág. 7).

52 En efecto, los apartados a) y b) del artículo 1.º hacen referencia a la designación del lugar de toma bajo custodia por el operador y lugar de recepción de las mercancías, "conforme a lo estipulado en el contrato de transporte". Ello supone, en consecuencia, que la emisión del documento de carga negociable quedará sometida al Convenio en la medida en que, en el momento de la celebración del contrato, el trayecto documentado revistiera carácter internacional y, en consecuencia, independientemente de que la introducción de modificaciones por las partes respecto del lugar inicialmente fijado para la entrega, pudiera determinar la pérdida de dicho carácter.

53 Esta fue la decisión que la Comisión trasladó al Grupo de Trabajo VI cuando le encomendó, en su 55º periodo de sesiones, la elaboración del nuevo Proyecto de Instrumento. *Vid.* el Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (A/77/17, párr. 202), suplemento núm. 17. Adviértase, en cualquier caso, que la pretensión de disociar la negocibilidad del documento de carga negociable de los aspectos vinculados a la responsabilidad del porteador resulta, al menos desde la vertiente práctica, una cuestión extremadamente compleja, por más que el futuro Convenio la consagre desde el punto de vista jurídico formal.

54 Artículo 3.º.4 del Instrumento proyectado: "El documento de carga negociable que se emita como documento independiente de conformidad con el párrafo 3 que antecede no sustituirá a ningún documento de transporte que el operador de transporte pueda estar obligado a emitir por disposición de la ley aplicable al contrato de transporte o en virtud de las condiciones estipuladas en el contrato. El operador de transporte que emita un documento de carga negociable de conformidad con los párrafos 2 o 3 del presente artículo no podrá solicitar la emisión de un documento

lo que se ha dado en llamar el sistema de "doble vía", conforme al cual el ámbito material de aplicación del Convenio quedaría limitado a dotar de eficacia representativa al documento de carga negociable emitido conforme a las prescripciones del futuro Convenio. De este modo, el régimen consagrado en el Instrumento proyectado coexistirá con los regímenes previstos en los diferentes Convenios unimodales reguladores de la actividad del transporte[55], particularmente, en lo que se refiere a la responsabilidad del porteador por perdidas, daños o retraso en la entrega de los géneros transportados[56].

Aun cuando el futuro Convenio acoge, como se ha visto, un enfoque neutral desde la perspectiva de la modalidad de transporte utilizada –unimodal o multimodal–, queda aún pendiente de decidir si, ante el temor del posible conflicto del texto proyectado con otros Instrumentos internacionales, resultarán excluidos de su régimen aquellos transportes multimodales que discurran en uno de sus tramos por vía marítima[57]. La decisión que se adopte al respecto resulta relevante habida cuenta de la difusión alcanzada en la realidad del tráfico actual por las denominadas operaciones "puerta a puerta" y, en fin, por los trayectos multimodales que integran una fase marítima[58].

El denominado enfoque de doble vía, pilar fundamental sobre el que se asienta el régimen consagrado en el fututo Instrumento, incide, fundamentalmente, en las relaciones entre el documento de carga negociable y los documentos "parciales" que, en su caso, se emitan en relación con determinados tramos del trayecto o del trayecto único que comprenda el transporte[59]. Mientras el primero –el DCN–, asumiría la función de título representativo y, en consecuencia, posibilitaría la negociación de

---

de transporte negociable respecto de las mismas mercancías a ningún operador de transporte que ejecute cualquier parte del transporte a que se refiere el documento de carga negociable".

55 Este es, precisamente, el sentido del artículo 1.º 3 del Instrumento proyectado al establecer que "(S)alvo que se disponga expresamente otra cosa en la presente Convención, no se modificarán en virtud de ella los derechos y obligaciones del operador de transporte, del expedidor y del consignatario, ni la responsabilidad que les incumbe de conformidad con los tratados internacionales o las leyes nacionales aplicables".

56 *Vid.* sobre el particular, ampliamente, la Nota de la Secretaría sobre *Documentos de transporte multimodal negociables* (A/CN.9/WG.VI/WP.96, págs. 3 a 7).

57 *Cfr.* el Informe del Grupo de Trabajo VI (Documentos de carga negociable), sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones. Documento A/CN.9/1164, párr. 22.

58 Esta fue, precisamente, la razón que llevó al Grupo de Trabajo de UNCITRAL que asumió el encargo de elaborar las Reglas de Rotterdam a superar el enfoque "puerto a puerto" para extender su ámbito de aplicación a otras fases no marítimas que precedan o sucedan al tramo marítimo en sentido estricto. Es lo que se ha dado en llamar, en expresión coloquial, el "transporte multimodal mojado" o, tal y como se configuró en la jerga negociadora, un Instrumento *maritime plus*, esto es, un texto que disciplina en todo caso el segmento marítimo y, eventualmente, segmentos precedentes y sucesivos terrestres o aéreos.

59 El sistema de doble vía se consagra en el apartado cuarto del artículo 3.º del Instrumento proyectado con el siguiente tenor literal: "El documento de carga negociable que se emita como documento independiente de conformidad con el párrafo tercero no sustituirá a ningún documento de transporte que el operador de transporte pueda estar obligado a emitir por disposición de la ley aplicable al contrato de transporte en virtud de las condiciones estipuladas en el contrato […]".

las mercancías en tránsito e incluso permitiría obtener financiación sobre la base del "valor" de los géneros representados en el documento; los documentos parciales continuarían desempeñando las funciones habituales descritas en los Instrumentos internacionales reguladores de cada fase del transporte.

Aun cuando el enfoque de doble vía que se viene comentando no constituye una cuestión absolutamente novedosa ni en el plano jurídico ni desde la óptica de la práctica comercial, el texto proyectado introduce respecto del mismo una relevante modificación orientada a evitar, en la medida de lo posible, la duplicidad documental y, con ello, los posibles riesgos que pueda llevar aparejada[60], particularmente, cuando el documento tradicionalmente emitido para la concreta modalidad de transporte de que se trate revista carácter negociable[61]. Conviene en ese sentido recordar que el Convenio CTM de 1980, ya reconocía expresamente en su artículo 13 que la emisión del Documento de Transporte Multimodal no impediría que se emitieran otros documentos de transporte de conformidad con lo dispuesto en los Convenios internacionales o leyes nacionales aplicables[62]. Por lo que se refiere a la práctica comercial internacional, el empleo por los operadores del sector de un título único capaz de abarcar la completa operación de transporte que asume la función de negociabilidad propia de los tradicionales documentos emitidos en el transporte marítimo –conocimiento de embarque–, constituye una realidad sólidamente asentada, propiciada, en gran medida, por la difusión de los transportes "puerta a puerta". En ese proceso de expansión y de consiguiente "superespecializacion"[63] de los empresarios de transporte, los transitarios –freight forwardes–, actuando generalmente como *Vessel Operator Common Carrier (VOCC),* suelen ejecutar una de las fases del trayecto, subcontratando el resto de tramos que integran el recorrido. En tales hipótesis, el transitario documenta la operación global de transporte mediante la emisión del documento de transporte multimodal, sin perjuicio de que el porteador efectivo emita, para cada fase del trayecto, los correspondientes "documentos

60 Tales riesgos, como se verá, se asocian a que ambos títulos –documento de carga negociable y documento parcial– puedan circular de forma separada.

61 *Cfr.*, al respecto, la Nota de la Secretaría sobre *Documentos de Carga negociables* (A/CN.9/WG.VI/WP.103, pág. 7, nota 20), en la que expresamente se aclara que aun cuando el enfoque de doble vía adoptado en el proyecto de nuevo Instrumento implica que el documento de carga negociable no sustituye a ningún documento de transporte emitido en virtud del contrato de transporte, dicho enfoque no exige necesariamente que se emitan dos documentos diferentes.

62 Los términos literales del apartado cuarto del artículo 3.º del texto proyectado coinciden en gran medida con el tenor del artículo 13 CTM que al respecto establece que "La emisión del documento de transporte multimodal no impedirá que se expidan, llegado el caso, otros documentos relativos al transporte o a otros servicios prestados en el transporte multimodal internacional de conformidad con los convenios internacionales o las leyes nacionales aplicables. No obstante, la emisión de esos otros documentos no afectará a la naturaleza jurídica del documento de transporte multimodal".

63 La expresión hace referencia a la incidencia que las nuevas técnicas del transporte y, particularmente, la expansión del transporte multimodal ha ejercido en la estructura empresarial de la economía de transporte propiciando que la tradicional especialización de las empresas en un concreto medio de transporte quede superada por la necesidad de éstas de integrar diversos medios a fin de atender adecuadamente la demanda del tráfico.

parciales"[64]. En el ámbito de la FIATA, goza de extraordinaria difusión en el tráfico el denominado FIATA *Multimodal Transport Bill of Lading* (FBL) que, coexistiendo con los documentos emitidos para cada una de las diferentes fases que integran el trayecto, permite la negociación de las mercancías en tránsito[65]. Pues bien, es este sistema de doble documentación el que, salvo en los supuestos que a continuación se verán, pretende evitar el futuro Instrumento internacional.

En efecto, durante el proceso de gestación del Instrumento proyectado por UNICITRAL, el modo en el que se ha manifestado el sistema de doble vía en lo que se refiere a la documentación de la operación de transporte, ha experimentado cierta evolución, precisamente a fin de superar la errónea confusión de tal sistema con la exigencia de doble documentación y, en última instancia, de rehuir de los inconvenientes y de los riesgos asociados a la misma[66]. Así, en las primeras versiones del texto elaborado por la Secretaría, el documento de carga negociable se configuró como documento "independiente" de los documentos de transportes parciales emitidos conforme a las exigencias previstas en la Convención unimodal reguladora del trayecto en cuestión; lo que en consecuencia llevaba aparejado una necesaria

64 Tales "documentos" parciales emitidos por los porteadores efectivos se entregarán al Operador de Transporte Multimodal (OTM) quien asumirá frente aquéllos la posición de acreedor del transporte. La posesión por el OTM de tales "títulos parciales" le legitimará para reclamar a cada uno de los diferentes subtransportistas la entrega de los géneros. *Vid.* DÍAZ MORENO, A., "El transporte multimodal: obligaciones, derechos y responsabilidad", en AA.VV., *El transporte terrestre nacional e internacional*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1997, pág. 68, nota 18. Advierte, sin embargo, RECALDE, A., (*Op. Op. cit.* pág. 356), que la emisión de tales "documentos parciales" podrá provocar en ciertas hipótesis la pérdida de eficacia traslativa del Documento de Transporte Multimodal (DTM), quedando en consecuencia disminuida la garantía del poseedor de referido documento. Así ocurrirá, por ejemplo, en aquellas hipótesis en las que el OTM transmita a un tercero de buena fe los documentos intermedios; si bien esas consecuencias negativas podrían evitarse mediante la inserción en cada uno de ellos de una indicación que comprometa al porteador efectivo a no entregar la mercancía sino contra entrega del DTM. Ahora bien, en tal caso, serán los "documentos parciales" los que pierdan su eficacia representativa en cuanto que la entrega de la mercancía exigirá, además de la posesión del documento de que se trate, la del DTM.

65 La primera versión del "FBL" data de 1970 (*FIATA Combined Transport Bill of Lading*), fecha en la que la Federación Internacional de Transitarios elaboró su primer documento de transporte combinado, cuyo uso recomendaba a todos aquellos *Freight Forwarders* que actuaran como principales, esto es, como porteadores y no como simples agentes en la ejecución del contrato de transporte celebrado con el cargador El referido documento se hallaba básicamente inspirado en las "Reglas de Tokio" que en 1969 fueron elaboradas bajo los auspicios del Comité Marítimo Internacional –uno de los precedentes más inmediatos del Convenio CTM–. La creación en 1973 por la Cámara de Comercio Internacional de unas "Reglas Uniformes relativas a un documento de transporte combinado" y, su posterior modificación en 1975, llevaría a la FIATA a elaborar en 1984 unas condiciones estándar destinadas a disciplinar el conocimiento de embarque para el transporte combinado a fin de adaptar la primera versión del "FBL" a las previsiones contenidas en las Reglas CCI. Tras la sustitución en 1992, de las Reglas CCI por unas nuevas Reglas elaboradas conjuntamente por la UNCTAD y la CCI, el "FBL" resultó nuevamente revisado; revisión que dio origen al *Negotiable FIATA Multimodal Transport Bill of Lading* Para un examen detallado del régimen de responsabilidad consagrado en el referido documento, *Vid.* MARTÍN CASTRO, M. P., *El transporte multimodal: concepto y sujetos,* Cádiz, 2001, *Op. cit.*, págs. 210 a 227.

66 *Cfr.* al respecto el Informe del Grupo de Trabajo VI (Documentos de carga negociables) sobre la labor realizada en su 42º periodo de sesiones (A/.CN.9/1134. párr. 54).

duplicidad documental. Sin embargo, la emisión de dos documentos de transporte diferentes sólo parece exigible cuando la disciplina reguladora de una determinada fase del trayecto niegue eficacia representativa al documento de transporte emitido para dicha fase –tal y como establece el artículo 6.º RU CIM en relación con la carta de porte ferroviaria–.

Desde esta perspectiva, el artículo 3.º del texto proyectado contempla, en su versión actual, dos opciones alternativas en lo que atañe a la documentación del contrato de transporte. Así, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del referido precepto, las partes podrán acordar la emisión de un documento de carga negociable "independiente" que convivirá con el "documento parcial" tradicionalmente emitido en la fase de transporte de que se trate, cuando éste no revista carácter negociable[67]. Si bien, en la medida en que el Instrumento internacional que rija dicha modalidad de transporte no lo impida, el documento de transporte tradicionalmente emitido para tal modalidad podrá "convertirse" en documento de carga negociable[68], quedando el primero "incorporado" en el segundo. En cualquier caso, en los supuestos de duplicidad documental, el documento de transporte que se expida habrá de incluir una cláusula "claramente visible" mediante la que se informe de la emisión del documento de carga negociable.

La segunda de las opciones que contempla el artículo 3º se refiere a que la operación de transporte quede documentada mediante la expedición de un único título, el documento de carga negociable; lo que sucederá en los casos en los que el documento tradicionalmente expedido para la modalidad de transporte de que se trate revista carácter negociable[69]. En tales supuestos, el documento emitido, además de contener

67 *Vid.* en este sentido el Informe del Grupo de Trabajo VI (Documentos de Carga Negociables) sobre la labor realizada en su 43er período de sesiones (Documento A/CN.9/1164, párr. 33) que en relación con esta cuestión señala que "[…] en el párrafo 2 del artículo 3 se preveía la conversión de un documento de transporte negociable o no negociable en un documento de carga negociable y que, por lo tanto, la disposición no impediría utilizar un documento de transporte no negociable como documento de carga negociable, siempre y cuando la ley aplicable no excluyera esa posibilidad". Adviértase, por lo demás, que la no negociablidad del documento de transporte, en cuanto que requisito que permite la duplicidad documental, se circunscribe a los supuestos en los que el documento de transporte parcial emitido no revista carácter negociable per se, esto es, porque una Convención internacional o una ley nacional le atribuya tal naturaleza. En consecuencia, no cabe extender la duplicidad documental a los supuestos en los que hayan sido las propias partes quienes hayan decidido emitir un documento no negociable. *Cfr.* en tal sentido Informe del Grupo de Trabajo VI (Documentos de Carga Negociable) sobre la labor realizada en su 44º período de sesiones (A/CN.9/1170, párr. 98 y 99).

68 Así lo establece el artículo 3º.2 del futuro Convenio: "Todo documento de transporte que contenga la información indicada en el artículo 4, párrafo 1, cumplirá la función de documento de carga negociable a los efectos de la presente Convención si contiene una anotación claramente visible que indique que el documento de transporte cumplirá la función de documento de carga negociable a partir de una fecha determinada y que haga referencia a la presente Convención".

69 Así se infiere, a *sensu contrario*, del apartado tercero del artículo 3.º del texto proyectado que circunscribe la emisión del documento de carga negociable como documento independiente a los supuestos en los que el documento tradicionalmente emitido para dicha fase no sea de naturaleza negociable.

una referencia que permita su clara identificación como documento de carga negociable, deberá incluir la remisión al régimen previsto en el texto proyectado, aun cuando no parece que en tal hipótesis el documento de carga negociable emitido, añada ninguna nueva prerrogativa a las clásicas de los documentos negociables tradicionales. Por lo demás, la necesidad de evitar la duplicidad documental, trasluce de nuevo en el apartado cuarto del artículo 3.º, al ordenar expresamente que en los supuestos en los que el operador de transporte subcontrate la ejecución de alguna de las fases del trayecto, éste no podrá requerir al porteador efectivo a que emita un documento de transporte negociable respecto a las mismas mercancías[70]. Se trata así de evitar el riesgo de que, hallándose representadas idénticas mercancías mediante dos títulos diversos, pudieran realizarse actos de disposición sobre los mismos a favor de sujetos diferentes[71].

Nótese, finalmente, que la exigencia de que se emita un documento de carga negociable "independiente", incluso para los supuestos en los que la ejecución del traslado se realice mediante la combinación de diferentes modos de transporte, evidencia que el proyecto adopta una concepción fragmentaria de las operaciones de transporte multimodal. La concepción unitaria de tales operaciones y en fin su configuración como modalidad de transporte única –independiente, por tanto, del resto de los sistemas de transporte y de las disciplinas unimodales que lo regulan[72]–, no haría exigible la duplicidad documental, ni siquiera en relación con aquellos tramos del recorrido regidos por Instrumentos internacionales que nieguen al "documento parcial" eficacia representativa.

---

70 El último inciso del artículo 3.º4 del texto proyectado dispone lo siguiente: "El operador de transporte que emita un documento de carga negociable de conformidad con los párrafos 2 o 3 del presente artículo no podrá solicitar la emisión de un documento de transporte negociable respecto de las mismas mercancías a ningún operador de transporte que ejecute cualquier parte del transporte a que se refiere el documento de carga negociable".

71 Este problema ya ha sido analizado por DE WIT, R., (*Multimodal Transport. Carrier liability and documentation*, Londres, 1995, pág. 299), en relación con la coexistencia del *through bill of lading* con los conocimientos de embarques parciales emitidos por los porteadores efectivos para documentar las diferentes fases marítimas que integran el trayecto (*individual bills*). En tal sentido, el autor advierte del peligro que podría suponer para el poseedor legítimo del *through bill of lading* el hecho de que el *individual bill* fuera adquirido por un tercero de buena fe. Para eludir los inconvenientes que en el supuesto descrito podrían derivarse para el titular del *through bill of lading*, bastaría –en opinión del autor– con anotar en el conocimiento de embarque una cláusula en cuya virtud "the delivery of the goods under the individual bill dependent upon the presentation of the through bill of lading".

72 Frente a la configuración fragmentaria de las operaciones de transporte multimodal que conciben a éstas como mera suma o adición de diferentes transportes, la concepción unitaria que inspira en gran medida a la regulación contenida en el Convenio CTM de 1980, se asienta en la concepción de las operaciones de transporte multimodal como una modalidad de transporte nueva y cualitativamente distinta de las ya existentes. *Vid.*, ampliamente sobre el particular, DÍAZ MORENO, A., "El régimen jurídico del Documento de Transporte Multimodal en el Convenio de Ginebra de 1980", en AA.VV., *Derecho uniforme del transporte internacional. Cuestiones de actualidad*, coord. MADRID PARRA, Madrid, 1998, pág. 125, nota 3; MARTÍN CASTRO, M. P., *El transporte multimodal…*, *Op. cit.*, págs. 106 y ss.

4.3. La emisión del documento de carga negociable

Conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 3.º del Instrumento proyectado, el expedidor y el operador de transporte podrán acordar que la operación de traslado contratada se documente mediante la emisión de un documento de carga negociable una vez que aquél tome las mercancías bajo su custodia. Durante el curso de las deliberaciones que tuvieron lugar con ocasión de su 42º periodo de sesiones, el Grupo de Trabajo discutió acerca del concepto de operador de transporte a los efectos de determinar si el ámbito de aplicación del nuevo Instrumento había de limitarse a aquellas situaciones en que el documento de carga negociable fuera emitido por el operador de transporte en calidad de contratante del transporte o si, por el contrario, podría extenderse, además, a los supuestos en que el operador actuara como transportista efectivo[73]. Finalmente, el Grupo de Trabajo ha optado por esta segunda opción, extendiendo el concepto de operador de transporte no solo a quienes contraten el transporte y asuman la responsabilidad de su ejecución –esto es, los transitarios– sino también a quienes ejecuten alguna fase del trayecto[74].

En cuanto a su forma de emisión, el documento de carga negociable podrá extenderse a la orden, a la orden de una persona determinada o al portador[75]. Cuando el documento se emita en un juego de varios originales –naturalmente, todos del mismo tenor–, habrá de hacerse constar en cada uno de ellos el número de originales emitidos[76]. Si además se extendieran copias, en cada una de ellas se habrá de

---

73 *Vid.* el Informe del Grupo de Trabajo VI (Documentos de Transporte Multimodal Negociables) sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones (A/CN.9/1134, párr. 10 a 14).

74 En tal sentido, el Instrumento proyectado define al operador de transporte en el artículo 2.º.11 como "toda persona que celebre un contrato de transporte con el expedidor y que asuma la responsabilidad del cumplimiento del contrato, con independencia de que esa persona ejecute o no el transporte ella misma". No asumirán, naturalmente, la condición de operador de transporte y, en consecuencia, no podrán emitir un documento de carga negociable quienes contraten el transporte, no como principal, sino actuando como agente por cuenta del expedidor o de otros porteadores. *Cfr.* en igual sentido el artículo 1.º 2 CTM.
El concepto de operador de transporte se identifica así con la noción jurídica de porteador que, como se sabe, no descansa en la ejecución material del transporte ni en la posesión de los vehículos que permitirán el traslado, centrándose el núcleo esencial del concepto en la asunción del compromiso de transporte y, por consiguiente, de su responsabilidad.

75 La emisión de los documentos de carga negociable a la orden generó ciertas suspicacias por parte de algunas delegaciones durante los debates mantenidos en el seno del Grupo de Trabajo, por la dificultad que llevaba aparejada la comprobación de la legitimidad del tenedor del documento. *Cfr.* el Informe del Grupo de Trabajo VI (Documentos de Carga Negociables) sobre la labor realizada en su 43er período de sesiones (Documento A/CN.9/1164, párr. 44). Ello no obstante, la mayoría de las delegaciones se mostraron a favor de esta forma de emisión, además de por su extraordinaria difusión en la práctica, por su utilidad en los supuestos en los que la operación resulte financiada mediante el recurso a un crédito documentario, en la medida en que a menudo se descoce a priori la identidad del banco que llegará a ser el tenedor del documento de carga negociable. *Cfr.* Nota de la Secretaría sobre *Documentos de Transporte multimodal negociables* (Documento A/CN.9/WG.VI/WP.96, párr. 21).

76 La emisión de varios originales del conocimiento de embarque constituye una práctica habitual, reconocida, además, en los diferentes Instrumentos reguladores del transporte marítimo. Concretamente, el artículo 247 LNM, bajo la rúbrica *Pluralidad de conocimientos*, establece que, si el cargador lo solicita en el momento de la entrega, deberán emitirse dos o más ejemplares del

incluir, tal y como establece el artículo 3.º6 del futuro Convenio, la indicación de que se trata de una "copia no negociable". La forma de emisión del documento de carga negociable determinará, como se sabe, su ley de circulación. De este modo, y conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Instrumento proyectado, el documento será transmisible mediante endoso si se emitió a la orden. Si se hubiera emitido al portador o se hubiera endosado en blanco, el documento de carga negociable se transmitirá mediante su simple entrega[77]. De esta misma forma y, por tanto, sin endoso, se transmitirán aquellos documentos de carga negociable que, habiéndose emitido a la orden de una persona determinada, se entreguen por el expedidor identificado en el referido documento al consignatario allí designado.

4.4. El contenido del documento de carga negociable. Su valor probatorio

El artículo 4.º del Instrumento proyectado establece el contenido del documento de carga negociable. En general, ninguna novedad introduce el precepto respecto a las menciones clásicas que incluyen tradicionalmente los documentos de transporte: las orientadas a la identificación de las partes del contrato –nombre y dirección del expedidor, del porteador y del consignatario–; las referidas a la descripción de los géneros objeto del transporte y a su estado aparente; las que identifican elementos relevantes del contrato tales como la fecha de toma de las mercancías bajo la custodia del operador[78], las que aluden al pago del flete –a fin de indicar si será pagadero en origen o en destino por el consignatario–, así como las que determinan la fecha de emisión del documento de carga negociable[79] y, si éste se hubiera emitido como documento independiente, además, la fecha de emisión del documento de transporte[80].

conocimiento de embarque. Cada uno de tales originales se dirigen a los diferentes sujetos intervinientes en la operación del transporte (porteador, cargador, consignatario); naturalmente, sólo éste último –el destinado al consignatario– goza de la consideración de título-valor. En la práctica marítima resulta habitual que el conocimiento de embarque se emita en un juego de tres ejemplares, uno dirigido al cargador, otro para el porteador y, finalmente, un tercer documento original destinado al consignatario-comprador de la mercancía objeto del transporte.

77 El precepto se halla profundamente inspirado en el artículo 57 de las Reglas de Rotterdam, cuyo apartado b) prevé la transmisión del documento de transporte –a los efectos de la adecuada transmisión de los derechos incorporados al título– "[…] (S)in endoso, si se trata de: i) un documento al portador o endosado en blanco, o ii) un documento emitido a la orden de una persona determinada y la transferencia tiene lugar entre el primer tenedor del documento y dicha persona".

78 Si no se indicara dicha fecha, de conformidad con lo previsto en el artículo 5º.4, se considerará como tal la fecha de emisión del documento de carga negociable.

79 Si en el documento de carga negociable sólo figurara una fecha y éste se hubiera emitido como documento independiente, conforme a lo dispuesto en e l artículo 5º 2, se entenderá que la fecha indicada se refiere a la de emisión del referido documento, considerándose, además, que esa misma fecha se corresponde con la de emisión del documento de trasporte.

80 Artículo 4.1: "El documento de carga negociable deberá ser firmado por el operador de transporte y se deberá indicar en él:
a) el nombre y la dirección del operador de transporte;
b) el nombre y la dirección del consignatario, si la ley aplicable al contrato de transporte exige que esa información se incluya en el documento de transporte o que la indique el expedidor

Por otra parte, el mencionado artículo 4.º, asumiendo una sistemática semejante a la propia de la regulación internacional del transporte terrestre de mercancías[81], distingue entre menciones obligatorias –las previstas en su apartado primero, cuya ausencia en cualquier caso no afectará a la naturaleza del documento[82]– y aquellas otras que las partes podrán incluir en el documento de carga negociable si así lo estiman conveniente –las recogidas en el apartado segundo–. En este sentido, además de los pactos lícitos que las partes tengan por conveniente, el artículo 4.º2 se refiere expresamente a la posibilidad de incluir en el mencionado documento la fecha de entrega de las mercancías en destino, si las partes la hubieran acordado; el itinerario previsto; el modo de transporte acordado; los lugares de transbordo; y, finalmente, el Instrumento internacional que regule la operación de transporte en virtud del modo elegido por las partes para la ejecución del traslado.

El apartado tercero del artículo 4 prescribe, además, para los casos en los que el documento de carga negociable se emita como documento independiente, la necesaria coincidencia entre los datos contenidos en éste y los que se recojan en el documento de transporte; siendo el operador, como se verá, quien asumirá las consecuencias derivadas de la posible falta de coincidencia.

Sin duda, de entre las menciones obligatorias que deben figurar en el documento de transporte negociable, destacan por su importancia y por su estrecha conexión con la posible responsabilidad del operador –por más que el futuro Convenio no interfiera en su determinación– las referidas a los datos descriptivos de los géneros objeto del transporte: su naturaleza general, marcas distintivas, número de bultos, peso bruto y, en su caso, indicación de su carácter peligroso. Tales datos serán consignados en el documento de carga negociable por el operador conforme a la información que

c) el nombre y la dirección del expedidor
d) la naturaleza general de las mercancías, las marcas distintivas requeridas para su identificación, una declaración expresa, si correspondiera, sobre su carácter peligroso, el número de bultos o de unidades y el peso bruto de las mercancías o su cantidad expresada de otro modo, datos que se consignarán tal como los haya proporcionado el expedidor.
e) el estado y condición aparentes de las mercancías como las haya tomado a su cargo el operador de transporte, o una declaración que indique que el operador de transporte no tiene medios razonables de inspeccionar las mercancías;
f) el lugar y la fecha en que el operador de transporte tomó a su cargo las mercancías;
g) el lugar y la fecha de emisión del documento de carga negociable y, si se emitió como documento independiente, del documento de transporte;
h) el lugar de entrega de las mercancías;
i) el número de originales del documento de carga negociable, de haberse emitido más de uno;
j) la declaración de que el flete ha sido prepagado o la indicación de si el flete ha de ser pagado por el consignatario".

81 *Cfr.* artículos 6.º CMR y 7.º RU CIM.

82 El artículo 5.º.1 del Instrumento proyectado, bajo la rúbrica *Deficiencias en el documento de carga negociable*, dispone al respecto que "(L)a falta de uno o más de los datos mencionados en el artículo 4, párrafo 1, no afectará por sí sola a la naturaleza jurídica del documento como documento de carga negociable, siempre y cuando el documento se ajuste a la definición de documento de carga negociable que figura en el artículo 2, párrafo 4".

le haya proporcionado el expedidor. Ahora bien, naturalmente el operador no está obligado a asumir la declaración del expedidor referida al *receptum*. Recibida dicha información, aquél podrá insertarlas en el documento de carga negociable, en cuyo caso hace propia la declaración del expedidor. Pero si tras la práctica de la inspección de los géneros, el operador hubiera comprobado o tuviera motivos razonables para creer que la información suministrada es falsa o engañosa, podrá reproducir en el documento la declaración del expedidor haciendo constar que no la reconoce como propia y que, en consecuencia, no se hace responsable de dicha información, anotando cláusulas del tipo "dice ser", "ignoro peso y contenido", etc. Tales cláusulas son conocidas en la práctica de los transportes con el nombre de reservas y tienen como finalidad reducir el valor probatorio de las menciones descriptivas de las mercancías[83]. De acuerdo con el apartado b) del artículo 6º.1 del Instrumento proyectado, las mismas reservas podrá anotarse también en el documento de carga negociable cuando el operador carezca de medios razonables para constatar la falta de exactitud sospechada[84].

En relación con esta cuestión y, para las hipótesis en las que el documento de carga negociable se emita como documento independiente, alguna dificultad podría plantearse en relación con la falta de coincidencia entre los datos que figuren en éste y los consignados en el "documento parcial", al haberse emitido ambos por separado. Descartada por el Grupo de Trabajo la exigencia de que –a fin de evitar tales riesgos–, ambos documentos circularan siempre juntos[85], la solución ofrecida por el futuro Convenio, ex artículo 4.º3, pasa porque sea el operador quien asuma las consecuencias derivadas de tales discrepancias.

Alguna consideración merece también otra de las menciones que, conforme a lo dispuesto en el apartado e) del artículo 4.º.1, habrá de hacerse constar en el documento de carga negociable. Se trata de la declaración referida al estado y condición aparente de la mercancía[86]. Puesto que el operador sólo puede anotar reservas en el

---

83 En tal sentido, el artículo 6º.1 del futuro Convenio establece que las declaraciones anotadas en el documento de carga negociable constituyen un primer elemento de prueba de que el operador tomó las mercancías a su cargo tal y como allí aparecen descritas "salvo en la medida que se hayan formulado reservas a la información proporcionada por el expedidor".

84 En el ámbito del transporte multimodal y, en general, en el de cualquier modalidad de transporte en el que se empleen contenedores como instrumentos de embalaje, tal circunstancia podrá producirse con frecuencia si el transporte se efectúa bajo condiciones FCL. En efecto, en aquellos supuestos en los que el contenedor sea entregado al operador cerrado y sellado, su difícil y antieconómica apertura justifica que aquél introduzca en el documento de transporte multimodal reservas de "desconocimiento"; no quedando obligado el operador en tales hipótesis a comprobar la exactitud de los datos suministrados por el expedidor por carecer de medios razonables para ello.

85 Sobre las razones que finalmente condujeron a descartar esta opción y que, básicamente, aluden a que la imposición del deber de comprobación respecto de ambos documentos podría frustrar el propósito de emitir el DCN como documento independiente, *Vid.* el Informe del Grupo de Trabajo VI (Documentos de carga negociable), sobre la labor realizada en su 43º periodo de sesiones. Documento A/CN.9/1164, párr. 82.

86 El buen estado aparente de los géneros suele hacerse constar, generalmente, mediante la inserción

documento de carga negociable respecto de aquella información proporcionada por el expedidor, la declaración sobre el estado aparente de la mercancía no es, en principio, susceptible de reservarse[87]. La ausencia de cualquier referencia sobre dicho estado creará la presunción de que los géneros fueron entregados al operador en buen estado aparente, salvo que se haga constar en el documento de carga negociable que aquél carece de medios razonables para inspeccionar la mercancía[88].

Íntimamente conectada con la cuestión que se viene abordando se halla la eficacia probatoria del documento de carga negociable, a cuya consagración se destina el artículo 6.º del Instrumento Proyectado. La relevante función comercial que el nuevo documento diseñado está llamado a desempeñar respecto a la negociación de las mercancías representadas explica que el referido precepto confiera al documento de carga negociable una extraordinaria fuerza probatoria. De este modo, las declaraciones descriptivas de los géneros gozarán de una fuerza probatoria relativa –constituirá un principio de prueba, según los propios términos empleados por el precepto–, que podrá ser destruida en la medida en que el documento permanezca en manos de las partes originales del contrato de transporte. Si, por el contrario, el documento fuera transmitido a un tercero de buena fe –que actuó fiado en las menciones descriptivas de los géneros consignadas en el mismo–, la presunción de veracidad y exactitud de los datos descriptivos de los géneros no admitirá prueba en contrario[89].

4.5. Alcance de los derechos que confiere el documento de carga negociable. Breve referencia al derecho de disposición

El documento de carga negociable atribuye a su tenedor los derechos propios del acreedor en el contrato de transporte tales como el derecho a reclamar la entrega de los géneros; el derecho a dirigir contra el porteador una acción de responsabilidad como consecuencia del incumplimiento o el defectuoso cumplimiento por parte

de cláusulas estereotipadas tales como "received the goods in apparent good order and condition".

87 *Vid.*, por todos, SCHMITTHOFF, C., The Export Trade, 8ª ed., Londres, 2022, pág. 585. Entre nosotros *Vid.* RECALDE, A., *El conocimiento de embarque*, *Op. cit.*, pág. 301. En efecto, tales indicaciones poseen una verificabilidad *in re ipsa*, por cuanto aluden a circunstancias que podrán ser objeto de inspección por parte del operador en cualquier momento; lo que explica que no quepa, en principio, anotar reservas sobre el estado aparente de los géneros, a menos que habiéndose empleado contenedores como sistema de embalaje, éstos se hayan recibido por el operador cerrados y sellados –condiciones FCL–. La inconveniencia que, principalmente, por razones de economía supone proceder a la apertura de tales instrumentos, justifica que no se impongan al operador en tales supuestos el deber de inspeccionar el estado y condición aparente de la mercancía.

88 *Cfr.* artículo 5.º.5 del Instrumento proyectado. De ahí la frecuencia con la que, en las hipótesis de transportes pactados bajo condiciones FCL, se anotan en los documentos de transporte cláusulas del tipo *said by shipper to contain* o *shipper's load and count*, las cuales, por las razones apuntadas en la nota precedente, no podrá ser reputadas nulas e ineficaces.

89 *Cfr.*, en similares términos, los artículos 3º.4 Reglas La Haya Visby, 16.3 Reglas de Hamburgo, 41 Reglas de Rotterdam, así como el artículo 10 CTM.

de éste de las obligaciones de traslado y custodia que le incumben y, en particular, conforme establece el artículo 7º.1 del Instrumento proyectado, el derecho de disposición sobre la mercancía.

El derecho de disposición –también llamado derecho de contraorden o derecho de control– constituye una institución clásica del derecho del transporte de mercancías[90] conforme a la cual se faculta al cargador, al consignatario o, eventualmente, a un tercero, a impartir instrucciones al porteador que modifican la prestación sustancial asumida por éste en el contrato inicialmente concluido[91]. Aunque ubicado en el marco del contrato de transporte y no en el de las relaciones jurídico-reales que afectan a las mercancías transportadas, es evidente que el control que a través del derecho de disposición ejerce el cargador desempeña una relevante función económica en cuanto que instrumento de garantía en las operaciones mercantiles sobre las mercancías. En particular, su ejercicio permitirá al cargador modificar el lugar de entrega o la persona del destinatario en los supuestos en los que la mercancía se haya vendido durante la ejecución del transporte, pero también podrá actuar como garantía ante el impago del comprador/destinario –en la medida en la que el cargador podrá retener e incluso recuperar los géneros–. Ello no obstante, generalmente, el ejercicio de tal derecho faculta, además, a su titular para impartir otro tipo de instrucciones que, si bien pueden agravar la posición del porteador, no suponen la modificación del contrato de transporte[92].

El nuevo documento de carga negociable diseñado por el futuro Convenio de UNICITRAL también incorpora el clásico derecho de disposición sobre los géneros transportados, facultándose, así, a su tenedor para impartir instrucciones al operador referidas a la interrupción del transporte, a la paralización de la entrega de

90 *Cfr.*, para el ámbito terrestre, artículo 12 CMR y artículo 18 RU CIM. En relación con el transporte aéreo, *Vid.* artículo 12 Convenio de Montreal. Por lo que se refiere al transporte marítimo, la ausencia de previsión de la figura en los Instrumentos internacionales que consagran su régimen jurídico se explica por cuanto la documentación del contrato mediante la emisión del conocimiento de embarque y, en consecuencia, la incorporación del derecho a la entrega en el propio título, permiten al tenedor del conocimiento disponer de la mercancía en ruta. Las Reglas de Rotterdam, introducen, sin embargo, como novedad frente al régimen vigente, la atribución a los interesados en la carga del "derecho de control", concretado en la facultad de impartir al porteador las instrucciones que se precisan en su artículo 50.

91 Tradicionalmente, el fundamento dogmático del derecho de disposición se ha conectado a la clásica calificación del contrato de transporte como contrato de obra cuya ejecución se extiende en el tiempo. Así, la concurrencia de determinadas circunstancias, no previstas al tiempo de la celebración del contrato, justifican que se atribuya, inicialmente, al cargador la facultad de impartir al porteador instrucciones que concreten o modifiquen la prestación de transporte inicialmente asumida. *Vid.*, por todos, RECALDE, A., *El conocimiento de embarque*, *Op. cit.*, págs. 221 y 222.

92 Se trataría, por ejemplo, de instrucciones relacionadas con el cuidado y manipulación de las mercancías, con el control de su temperatura o, en fin, cualquier otro tipo de instrucciones específicas orientadas a la conservación de los géneros objeto del transporte. *Vid.* ampliamente al respecto y en relación con el derecho de control que las Reglas de Rotterdam atribuyen a la parte controladora, PENDÓN, M. A., "Propuesta de Código mercantil. Régimen de los títulos de tradición y notas para su revisión a la luz del Derecho uniforme", en AA.VV., *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Ángel Rojo*, en prensa.

la mercancía y, en fin, a la modificación de la persona del consignatario o del lugar inicialmente fijado para la entrega[93]. En este sentido, el mencionado artículo 7º.1 del texto proyectado, establece que el tenedor del documento de carga negociable adquirirá todos los derechos que le hubieran correspondido de haber sido parte en el contrato de transporte y, en particular, el derecho de disposición sobre las mercancías[94].

Por lo demás, y a fin de garantizar la legitimación de quien imparte las instrucciones, el referido precepto condiciona el ejercicio del derecho de disposición a la presentación al operador de transporte del documento de carga negociable o, en el caso de que se hubiera emitido un juego de varios originales, del juego completo de todos ellos[95]. El requisito de legitimación impuesto protege al poseedor del documento de carga negociable en cuanto impide que se imparta instrucciones al porteador susceptibles de atentar contra cualquiera de los derechos que corresponden al tenedor del documento. Así, por ejemplo, en el caso de que la operación se hubiera financiado a través de un crédito documentario, el banco poseedor del documento de carga negociable goza de la garantía de que el expedidor no podrá impartir nuevas instrucciones al porteador que modifiquen el contrato y perjudiquen su posición[96].

Probablemente, sea la incorporación del referido derecho al documento de carga negociable una de las cuestiones que dificulten en mayor medida la aplicación con absoluto rigor del denominado enfoque de doble vía que sustenta al futuro Convenio y, en fin, la pretensión que lo inspira acerca de la ausencia de interferencia del régimen jurídico que consagra respecto de la disciplina contenida en los diferentes Instrumentos internacionales aplicables. Ciertamente, la atribución al tenedor del documento de carga negociable del derecho a "controlar" la mercancía durante el trayecto y la consiguiente extinción de los derechos sobre aquélla que pudieran corresponder al expedidor en virtud del contrato de transporte, supone una clara modificación de los derechos que los diferentes Instrumentos internacionales vigentes confieren al acreedor del transporte. Desde esta perspectiva, parece evidente

93 En su versión original, el Instrumento proyectado definía el derecho de disposición en el apartado séptimo de su artículo 2.º. Sin embargo, tras las discrepancias suscitadas en torno a la definición ofrecida, sustentadas, principalmente, en la ausencia de uniformidad sobre el concepto que proporcionan las diversas Convenciones unimodales en torno al mencionado derecho de "control", así como en la opinión mayoritaria manifestada a cerca de la conveniencia de que el referido derecho de disposición se interprete conforme a la Convención unimodal que discipline el contrato de transporte, el Grupo de Trabajo decidió en el curso de su 44º periodo de sesiones eliminar la mencionada definición del art. 2º del futuro Instrumento internacional. *Cfr.* el Informe del Grupo de Trabajo VI (Documentos de carga negociables) sobre la labor realizada en su 44º periodo de sesiones (A/. CN.9/1170 párrs. 84 y 85).

94 Además del derecho de disposición, los apartados a) y c) del artículo 7º.1 se refieren al derecho a exigir la entrega de la mercancía en el lugar de destino, así como el derecho a ejercer cualquier reclamación contra el operador de transporte.

95 *Cfr.* artículo 7º.5 del Instrumento proyectado.

96 *Vid.*, al respecto, RECALDE, A., "El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril…", *Op. cit.*, pág. 155.

que el documento de carga negociable trasciende la relación nacida con su emisión para interferir en una relación contractual previa, hasta el extremo de extinguir, conforme dispone el apartado segundo del referido artículo 7º, los derechos que hubieran correspondido al cargador o, en su caso, al consignatario, en virtud del contrato de transporte celebrado.

5. CONCLUSIONES

En sus orígenes, el conocimiento de embarque nació como mero recibo de la carga que incorporaba la promesa del capitán de devolver la mercancía a la persona designada en el propio documento, acreditando, además, las características de aquéllas en el momento de su recepción. No fue hasta finales del siglo XV cuando las necesidades del comercio marítimo promovieron su configuración como título-valor y, más tarde, como título representativo de las mercancías, favoreciendo así la posible comercialización de las mercancías durante los largos trayectos marítimos. Naturalmente, esa realidad jurídica fue reconocida posteriormente por los Instrumentos internacionales reguladores del transporte marítimo.

Alejados del modelo que procura el conocimiento de embarque, el resto de documentos expedidos para instrumentar las operaciones de transporte realizadas por medios distintos al marítimo no gozan de la referida eficacia representativa. La menor distancia de los trayectos a recorrer, en unos casos; y, en otros supuestos, la mayor brevedad de los plazos de ejecución del traslado –particularmente, en lo que se refiere al transporte aéreo–, explican la diversa configuración de aquellos documentos consagrada en los Instrumentos internacionales reguladores del transporte terrestre y aéreo de mercancías[97]. Sin embargo, las razones, principalmente comerciales, que en su momento explicaron aquella diversidad, han quedado superadas por una nueva realidad en la que las condiciones de explotación del servicio de transporte (por razones técnicas, medioambientales e incluso materiales –aparición de nuevas rutas de transporte–) también son diferentes.

Es en este contexto en el que se encuadra la demanda de los operadores del tráfico hacia una nueva configuración de los documentos de transporte como títulos representativos de la mercancía, que se pone al servicio de las necesidades de negociación e incluso de financiación de las operaciones comerciales que subyacen a la propia actividad del transporte.

97 Adviértase, sin embargo, que en algún momento se reconoció la posibilidad de atribuir a la carta de porte aérea eficacia negociable. *Vid.* el Artículo X del Protocolo que modifica el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, hecho en La Haya el 28 de septiembre de 1955 (*BOE* núm. 133, de 4 de junio de 1973), en el que se dispone: "Se añade el siguiente párrafo al artículo 15 del Convenio: "3. Nada en el presente Convenio impedirá la expedición de una carta de porte aéreo negociable"".

A estos "nuevos hechos" obedece la iniciativa de UNCITRAL encaminada hacia la elaboración de un Convenio sobre documentos de carga negociables. En efecto, el Instrumento proyectado crea un nuevo título representativo al que se dota de análogas prerrogativas que las que se atribuyen al conocimiento de embarque. Sin perjuicio de que quedan aún pendientes de definir cuestiones jurídicas de enorme relevancia, la convivencia del texto proyectado con los Instrumentos internacionales vigentes en materia de transporte se perfila como un reto no siempre fácil de resolver, al menos, desde la perspectiva práctica. Por más que el nuevo texto parta del reconocimiento del sistema de doble vía como principio informador del régimen que consagra y que, en ese sentido, circunscriba su ámbito material de aplicación a la emisión y transmisión del nuevo documento creado, las posibles injerencias del futuro Instrumento en el régimen propio de cada modalidad de transporte, parecen, al menos en determinadas situaciones, inevitables. Probablemente, una de las más notables sea la referida al derecho de disposición o derecho de control sobre la mercancía que la posesión del documento de carga negociable confiere a su tenedor, por cuanto que la emisión del referido documento llevará aparejada la extinción de los derechos preexistentes que existieran sobre los géneros y, consiguientemente, supondrá la modificación de los derechos que pudieran corresponder al expedidor conforme al Convenio internacional que regule la modalidad de transporte de que se trate[98].

6. BIBLIOGRAFÍA

CALVO CARAVACA, A. L., "Ámbito de aplicación y disposiciones generales", en AA.VV., L*a Compraventa Internacional de Mercancías. Comentario de la Convención de Viena*, coord. Díez Picazo, L., Navarra, 1997, págs. 92 y ss.

DE WIT. R., *Multimodal Transport. Carrier liability and documentation*, Londres, 1995.

DÍAZ MORENO, A., "El transporte multimodal: obligaciones, derechos y responsabilidad", en AA.VV., *El transporte terrestre nacional e internacional,* Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1997, Madrid, 1997, págs. 47 y ss.

DÍAZ MORENO, A., "El Régimen jurídico del Documento de Transporte Multimodal en el Convenio de Ginebra de 1980", en AA.VV., *Derecho uniforme del transporte internacional*. Cuestiones de actualidad, coord. MADRID PARRA, Madrid, 1998, págs. 123 y ss.

EMPARANZA SOBEJANO, A., "Ámbito de aplicación de las Reglas Uniformes reguladoras del transporte internacional de mercancías por ferrocarril", en AA.VV., *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril,* Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, págs. 30 y ss.

98 *Cfr.* la Nota de la Secretaría *Hoja informativa: Proyecto de la CNUDMI sobre documentos de carga negociables* (A/CN.9/WG.VI.WP.102, párrs. 9 y 10).

GEVA, B., "The negotiable transport document", accesible a través de https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers/338/.

SCHMITTHOFF, C., *The Export Trade*, 8ª ed., Londres, 2022.

MARTÍN CASTRO, M. P., *El transporte multimodal: concepto y sujetos*, Cádiz, 2001.

MARTÍN CASTRO, M. P., "Transporte multimodal: del Convenio de Ginebra de 1980 a las Reglas de Rotterdam", *Anuario de Derecho Marítimo*, núm. 32, 2015, págs. 169 a 220.

PENDÓN, M. A., *Los títulos representativos de la mercancía*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

PENDÓN, M. A., "La carta de porte y la representación de las mercancías transportadas", en AA.VV., *El transporte terrestre nacional e internacional*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1997, págs. 213 y ss.

PENDÓN, M. A., *La compraventa C.I.F*, Civitas, Pamplona, 2011.

PENDÓN, M. A., "Régimen de los títulos de tradición en la propuesta de Código mercantil. Notas para su revisión a la luz del Derecho uniforme", AA.VV., *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Ángel Rojo*, en prensa.

RECALDE, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos de transporte. Función representativa*, Civitas, Madrid, 1992.

RECALDE, A., "El 'derecho de disposición' en el transporte internacional de mercancías por carretera", *RDM* núm. 261, 2006, págs. 945 a 994.

RECALDE, A., "El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril: concepto, naturaleza y caracteres. La documentación del contrato", en AA.VV., *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, págs. 45 y ss.

La hoja de encargo del contrato de prestación de servicios jurídicos. Especial atención al precio[1]

The services order for the legal services contract. Special attention to the price

MARIO NEUPAVERT ALZOLA*

Investigador Predoctoral UCA FPI de Derecho Civil

Universidad de Cádiz (España)

mario.neupavert@uca.es

https://orcid.org/0000-0001-5351-4791

Resumen: El contrato de prestación de servicios jurídicos convive en la actualidad con distintas modificaciones legislativas y pronunciamientos judiciales que han cambiado las reglas del juego para el profesional de la abogacía. En este contexto surge la duda de si la hoja de encargo que formaliza por escrito el contrato de prestación de servicios jurídicos resulta obligatoria en todo caso, o al menos con consumidores, o si el letrado puede dar cumplimiento a las obligaciones legales prescindiendo de este trámite.

A su vez, se analiza en el presente artículo la utilidad de la hoja de encargo a la luz de la reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, que modifica el procedimiento de jura de cuentas del artículo 35 LEC, entre otros. Esta reforma, alentada por el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de

1 El trabajo se enmarca dentro del contrato predoctoral adscrito al Proyecto de Investigación "El contrato de prestación de servicios en el actual entorno tecnológico y social" (PID2021 – 122619OB-I00) financiado por MCIN/AEI, con DOI 10.13039/501100011033 y por FEDER Una manera de hacer Europa, del que es Investigadora Principal María Dolores Cervilla Garzón.

* Contratado predoctoral adscrito al Proyecto CONSERTECS.

Recepción: 19/11/2024 Aceptación: 21/11/2024

Cómo citar este trabajo: NEUPAVERT ALZOLA, Mario, "La hoja de encargo del contrato de prestación de servicios jurídicos. Especial atención al precio.", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 377-402, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.11

septiembre de 2022, Asunto C-335/21, Vicente c. Delia, vuelve a poner el foco en la importancia de la formalización por escrito del contrato, nuevamente, al menos con consumidores. Así, la promulgación de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, ha venido a aportar aún más a la cuestión.

Abstract: *The contract for the provision of legal services currently coexists with various legislative amendments and judicial pronouncements that have changed the rules of the game for the legal professional. In this context, the question arises as to whether the order form that formalizes the contract for the provision of legal services in writing is mandatory in all cases, or at least with consumers, or whether the lawyer can comply with the legal obligations without this procedure.*

In turn, this article analyzes the usefulness of the order form in the light of the reform introduced by Royal Decree-Law 6/2023, of December 19, which modifies the procedure for the swearing in of accounts in Article 35 LEC, among others. This reform, encouraged by the judgment of the Court of Justice of the European Union of 22 September 2022, Case c-335/21, Vicente v. Delia, puts the focus back on the importance of the written formalization of the contract, again, at least with consumers. Thus, the enactment of Orcanic Law 5/2024, of November 11, on the Right to Defense, has further contributed to the issue.

Palabras clave: contrato de prestación de servicios jurídicos, relación abogado-cliente, consumidores, hoja de encargo, honorarios de abogado.

Keywords*: legal services contract, attorney-client relationship, consumers, order form, attorney's fees.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS: BREVE ESTADO DE LA CUESTIÓN. 3. LA HOJA DE ENCARGO: EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS ESCRITO. 3.1. ¿Qué es una hoja de encargo? 3.2. ¿Es obligatoria la hoja de encargo? 3.3. ¿Debe establecerse el precio en la hoja de encargo? 4. LA HOJA DE ENCARGO Y LA JURA DE CUENTAS A LA LUZ DEL REAL DECRETO-LEY 6/2023, DE 19 DE DICIEMBRE. 4.1. Génesis de la reforma. 4.2. Los procedimientos relativos a la cláusula de desistimiento: STJUE Vicente c. Delia. 4.3. Algunas críticas a la nueva regulación del procedimiento de jura de cuentas. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA. 7. JURISPRUDENCIA.

1. INTRODUCCIÓN

Los Estados de Derecho requieren, imprescindiblemente, de la presencia de actores que hagan valer los derechos de los ciudadanos. Ya en Roma encontrábamos la figura del abogado, un profesional liberal, similar al papel que juegan hoy en día, con el afán de lograr la correcta aplicación de la norma por la autoridad. La prestación de los servicios liberales debía su nombre justo porque se llevaban a cabo por simple liberalidad, repugnando que pudiera exigirse una retribución ya que el mero pecunio rebajaría una ocupación tan elevada como la actividad intelectual, mas era frecuente

que los profesionales fueren retribuidos en forma de *honorarium* en agradecimiento a sus servicios[2]. Ulpiano escribió sobre las *operae liberales* un fragmento insertado en el Digesto[3], dedicado a los supuestos de prestación de servicios ejecutados por estos profesionales[4], que ya ofrecía un método para calcular el *honorarium* de los abogados, ya que, por aquel entonces, y aún persiste en parte esa tendencia, aunque por otros motivos, no se establecía previamente un precio.

A día de hoy, el abogado es, por antonomasia[5], el profesional que presta los servicios jurídicos demandados por el cliente. Ello nos refiere a dos ideas desde el prisma del Derecho privado: el letrado es un profesional, con las consecuencias que tal consideración conlleva, y lo que presta son sus servicios, de vital importancia a la hora de comprender a qué se obliga. A diferencia de tiempos remotos, hoy día carece de sentido que una persona dedicada profesionalmente a prestar unos servicios, constituidos como su medio de vida, no sea retribuida[6].

El Diccionario panhispánico del español jurídico (en adelante, DPEJ) define al abogado o abogada como "profesional del derecho cuya actividad, sometida a requisitos académicos y legales, puede consistir en prestar asesoramiento jurídico, dar forma a la voluntad de su cliente de modo que pueda producir efectos jurídicos (redactando, por ejemplo, convenios y acuerdos) o defender sus intereses representándolo en negociaciones con terceros, en procedimientos administrativos y en juicios ante los tribunales"[7].

La definición legal de abogado la encontramos tanto en el artículo 542 LOPJ que expresa "corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al

---

2 CERVILLA GARZÓN, M. D., *La prestación de servicios profesionales*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 51.

3 Digesto, Libro 50, Título XIII, artículo 1, apartado décimo. En cuanto a los salarios de los abogados debe proceder el Juez de modo que los estime según el pleito, la sabiduría del abogado, la costumbre del tribunal, y el pleito que había de defender: con tal que la cantidad no exceda del salario lícito, según se expresa en un rescripto de nuestro Emperador y de su padre. Las palabras del rescripto son las siguientes: si Julio Materno, que quisiste que defendiese tu causa, estuvo pronto a defenderla, solo debes repetir la cantidad que excedió de lo que está determinado por derecho. Vid. GÓMEZ MARÍN, M., GIL Y GÓMEZ, P., *Digesto, Código, Novelas e Instituta de Justiniano*, en castellano y latín, Tomo III, Madrid, 1874, p. 800.

4 TOBÍO FERNÁNDEZ, J., "Operae Liberales: Consideración social y aspectos jurídicos relevantes de las profesiones liberales en la Roma antigua", *Revista de Derecho UNED*, núm. 24, 2019, p. 413.

5 También encontraremos en el marco de los servicios jurídicos a otras figuras como procuradores y graduados sociales. Se hace extensible a ellos el presente trabajo con las correctas y oportunas salvedades, máxime lo similar de estas figuras cuando nos dirigimos a estudiar cuestiones como lo imperativo o no de la forma escrita del contrato, las posibilidades que el contrato conlleva, o los mecanismos recogidos en los artículos 34 y 35 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) en cuanto a la jura de cuentas.

6 VELASCO PERDIGONES, J. C., *La responsabilidad civil del Compliance Officer*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 67.

7 DPEJ: abogado, da. Acepción primera. [Consultado online: https://dpej.rae.es/lema/abogado-da, última revisión 19 de noviembre de 2024].

licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico"[8], como en el artículo 4.1 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española[9] (en adelante, EGAE). La labor del abogado obtiene mención incluso en nuestra Constitución[10], refiriéndose a este los artículos 17.3 CE y 24.2 CE, en el marco de los derechos fundamentales, así como en los artículos 122.3 CE y 159.2 CE, lo que realza la importancia de la profesión, que recientemente ha cumplido un hito fundamental con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa (en adelante, LODD).

Hablamos del prestador del servicio: quien habrá de cumplir la obligación que constituye la tipología del contrato, y quien recibirá el precio. El abogado será, en el contrato de prestación de servicios, deudor del servicio, obligación de hacer que deberá cumplir (y que resultará en una obligación de medios o de resultado), y al mismo tiempo acreedor del precio, pues la abogacía, y todas las profesiones liberales, son intrínsecamente retribuidas[11].

2. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS: BREVE ESTADO DE LA CUESTIÓN

El contrato de prestación de servicios profesionales, en general, y el de servicios jurídicos, en particular, han vivido una travesía evolutiva durante el pasado siglo

8 A esta definición se refiere STS 375/2021, de 1 de junio, con ECLI: ES:TS:2021:2254.

9 Artículo 4.1 EGAE. "Son profesionales de la Abogacía quienes, estando en posesión del título oficial que habilita para el ejercicio de esta profesión, se encuentran incorporados a un Colegio de la Abogacía en calidad de ejercientes y se dedican de forma profesional al asesoramiento jurídico, a la solución de disputas y a la defensa de derechos e intereses ajenos, tanto públicos como privados, en la vía extrajudicial, judicial o arbitral."

10 Artículo 17 CE, apartado tercero. "Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca". Artículo 24 CE, apartado segundo. "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia." Artículo 122 CE, apartado tercero. "El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el presidente del TS, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión." Artículo 159 CE, apartado segundo. "Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional."

11 CERVILLA GARZÓN, M. D., *La prestación de servicios profesionales*, *Op. cit.*, p. 51.

y hasta nuestros días. El motivo de ello parte de la conceptualización del mandato como el contrato establecido para los servicios profesionales como el del abogado, que encuentra reflejo jurisprudencial en sentencias del Tribunal Supremo hasta 1935[12]. No será hasta la realidad de los Códigos modernos cuando el mandato obtenga su reconocimiento como institución específica, materializada en el artículo 1709 del Código Civil (en adelante, CC)[13]. El mandato, sin embargo, devendría en inútil para esta relación, no por el debate sobre la dignidad o no de las profesiones liberales[14], sino porque la nota característica del mandato reside en la ocupación de negocios que al mandatario le son en absoluto ajenos, actuando por cuenta del mandante, que es el verdaderamente interesado, y que le impondría las instrucciones a seguir (siguiendo el artículo 1719 CC), careciendo de una libertad que es característica propia de los contratos de servicios celebrados por profesionales liberales[15]. Unido a lo anterior, la tesis de GARCÍA VALDECASAS[16], sobre la posibilidad de sustituibilidad, también es fundamental. Siguiendo su teoría, cuando un profesional recibe el encargo de un acto que, al pertenecer a la esfera propia de la actividad de aquél, bien lo podría realizar por sí mismo, nos encontramos ante un contrato de mandato; esto no ocurre con los abogados, ni tampoco con los encargos de los médicos, ingenieros o arquitectos. Tampoco puede olvidarse que el mandato, por norma general, es un contrato gratuito, aunque pase a ser oneroso si el mandatario es un profesional.

Tras ello, y aun todavía residualmente en la actualidad, se ha venido optando por el contrato de arrendamiento de servicios, regulado en el artículo 1542 y siguientes CC. El arrendamiento de servicios bebe de la *locatio conductio operarum* romana, con la importancia que debe atribuírsele a la posibilidad de arrendar la mano de obra en Roma, toda vez que los esclavos eran, de iure, cosas, y, por tanto, podían prestarse. Ya en Las Partidas se seguía distinguiendo entre logar y arrendamiento, y acabará asentándose el arrendamiento, para concluir la época medieval con una serie de

12 El TS mantuvo que la relación abogado cliente se articulaba como un contrato de mandato, como bien expone CHAPARRO MATAMOROS, P., "Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil del abogado", *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 174, 2015, p. 12, con mención a la línea jurisprudencial iniciada por la STS de 14 de junio de 1907.

13 LEÓN-CASTRO ALONSO, J., *El mandato*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2020, p. 37.

14 Señala CERVILLA GARZÓN que la distinción entre trabajos sórdidos y excelsos, propia de la Roma que permitía la esclavitud, es insostenible en nuestra sociedad, teóricamente igualitaria. Justamente, la distinción puede redirigirse, en definitiva, a aquellas labores que podían ser solventadas mediante mano de obra esclava, y aquellas que realizaban los profesionales liberales, libres hasta en su nomenclatura. CERVILLA GARZÓN, M. D., *La prestación de servicios profesionales*, *Op. cit.*, p. 60. Y es que en el Derecho romano la existencia de remuneración se vinculaba únicamente al trabajo que era prestado por esclavos, siendo los servicios del hombre libre prestados sin remuneración posterior. SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 148.

15 YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general,* Ed. Reus, Madrid, 1989, pp. 27-29.

16 GARCÍA VALDECASAS, A., "La esencia del mandato", Revista de Derecho Privado, 1944, p. 773.

contratos de servicios en los que el eje central lo constituye la persona, que se pone a disposición y órdenes del señor que lo demande[17].

Tal modalidad típica devendría útil si no fuera por la progresiva asunción por el Derecho del trabajo de los contenidos que antaño se regulaban en el capítulo dedicado al arrendamiento de servicios, y que hoy nos habla de mayordomos, señal todo ello del olvido del legislador (o desidia) en cuanto a esta modalidad contractual. La regulación del contrato de servicios en nuestro código es calificada incluso de pobre y deficitaria[18].

Asimismo, no podemos pasar por alto que justamente en este punto de la travesía surgiría en la doctrina un profuso debate sobre la conceptualización de las obligaciones de medios (o de actividad) y las de resultado, de completa relevancia para el asunto que estudiamos. Y ello por cuanto el contrato de prestación de servicios jurídicos acostumbra a reunir obligaciones de medios, que se considerarán cumplidas con una observancia media de la *lex artis ad hoc*, pero pudiendo el abogado suscribir obligaciones de resultado, como la de obtener un determinado fallo en una sentencia. Estas últimas se caracterizan por la presencia del alea, al igual que en el médico que promete sanar a un paciente y no puede tenerlas todas consigo debido al gran número de circunstancias que ocupan un papel importante en una operación. Siguiendo a JORDANO FRAGA[19], para determinar qué clase de obligación de hacer (medio o resultado) se ha pactado, habrá de estarse, ante todo, a la voluntad de las partes; a la propia naturaleza intrínseca del *facere* debido y a lo que la buena fe exige del deudor para cumplir y finalmente, a la equidad, como aplicación específica de la buena fe y los usos y como criterio de justa reciprocidad.

Pero estas cuestiones nos reconducen a la dualidad existente entre el arrendamiento de servicios (obligación de medios) y de obra (obligación de resultado), lo que resulta de todo punto inútil si lo que buscamos es un negocio jurídico que una a un profesional con su cliente, puesto que será en el encargo que recibe el profesional donde podremos examinar si efectivamente se ha contraído una obligación de medios o una de resultado, y los efectos que de ésta deben derivarse, principalmente para el examen posterior a la ejecución de la prestación.

Tras ello, y con cierto ánimo de solventar el problema, surgirá la definición del

17 VELASCO PERDIGONES, J. C., "La regulación en el Código Civil: arrendamiento de servicios", en AA.VV.: *El actual contrato de prestación de servicios*, CERVILLA GARZÓN, M. D., ZURITA MARTÍN, I. (dirs.), LÓPEZ SUÁREZ, C. (coord.), Ed. Aranzadi, 2023, p. 47.

18 LÓPEZ SUÁREZ, C., "La interpretación de la regulación del Código Civil por la jurisprudencia", en AA.VV.: *El actual contrato de prestación de servicios*, CERVILLA GARZÓN, M. D., ZURITA MARTÍN, I. (dirs.), LÓPEZ SUÁREZ, C. (coord.), Ed. Aranzadi, 2023, p. 77.

19 JORDANO FRAGA, F., "Obligaciones de medios y de resultado. A propósito de alguna jurisprudencia reciente", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, núm. 1, 1991, p. 10.

"contrato de gestión" utilizada ampliamente por el Tribunal Supremo[20], que combinará en su opinión elementos del mandato y del arrendamiento de servicios para poder dar así solución a los problemas aquí presentes. O lo que es lo mismo: inventa una denominación nueva, que absorbe los regímenes de los artículos 1542 y siguientes y 1709 y siguientes, todos ellos del CC, y otorga así respuesta a un problema habitual en la práctica: en una profesión como la jurídica, con la confianza entre las partes jugando un papel fundamental, es bastante común que las partes lleguen a un acuerdo sobre la base de la necesidad jurídica del cliente, pero tal acuerdo no se materializa en un pacto escrito, con la habitual forma de la hoja de encargo, sino que queda en el limbo del pacto verbal. En nuestra opinión, esta creación jurisprudencial, aunque bien intencionada, no consigue colmar todas las necesidades que plantea el contrato que materializa la relación abogado cliente. Sin ir más lejos, incluso la STS 186/2007, de 26 de febrero, en su FJ 3º[21], al aludir al contrato de gestión como vehículo de la relación abogado cliente, lo hace utilizando la expresión "de modo no totalmente satisfactorio".

Por ello mismo, y como punto de partida para el presente estudio, optamos por el contrato de prestación de servicios, un contrato atípico que podrá englobar obligaciones de medios y de resultados, y que, si bien carece de regulación estricta, bebe de los preceptos anteriormente señalados por analogía, así como de otras normativas, y paradigmáticamente, del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLCU).

Tras el abandono del mandato y la distinción excluyente y binaria formulada en el seno del arrendamiento de servicios y de obra (con el correspondiente debate entre obligaciones de medios y de resultado), se cede el testigo a un concepto unitario de la relación contractual en la que tienen cabida ambas modalidades de obligación de hacer[22]. Ciertamente, ello es lo que buscaba, si atendemos a la raíz de los planteamientos jurisprudenciales, el llamado contrato de gestión.

---

20 La más reciente en emplear tal fórmula, la STS 501/2023, de 17 de abril, que expresa que "la relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve, normalmente, en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (…) Dicha relación participa de los caracteres del contrato de arrendamiento de servicios, toda vez que una persona, con el título de abogado, se obliga a prestar su actividad profesional, con la finalidad de solventar un problema legal que exige un asesoramiento o defensa judicial o extrajudicial". STS 501/2023, de 17 de abril, con ECLI: ES:TS:2023:1490. En idéntico sentido las STS 375/2021, de 1 de junio, con ECLI: ES:TS:2021:2254, la STS 50/2020, de 22 de enero, con ECLI: ES:TS:2020:99, la STS 331/2019, de 10 de junio, con ECLI: ES:TS:2019:1948, o la STS 337/2018, de 6 de junio, con ECLI: ES:TS:2018:2964, entre otras muchas.

21 STS 186/2007, de 26 de febrero, con ECLI:ES:TS:2007:1187.

22 Cfr. CERVILLA GARZÓN, M. D., *Jurisprudencia y doctrina en torno a las obligaciones de medios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 49. En idéntico sentido LÓPEZ SUÁREZ, C., "El contrato de organización de eventos: un contrato de prestación de servicios", en VV.AA., *Temas Actuales de Derecho Privado II*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 115.

3. LA HOJA DE ENCARGO: EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS JURÍDICOS ESCRITO

3.1. ¿Qué es una hoja de encargo?

En el marco del contrato de prestación de servicios jurídicos anteriormente analizado, la hoja de encargo constituye en la práctica la forma escrita más común de este contrato, y es el documento cuyo uso promueven los Ilustres Colegios de Abogados y el Consejo General de la Abogacía Española.

La hoja de encargo es el documento escrito por el cual el abogado presenta al cliente los términos y condiciones que regirán el contrato de prestación de servicios jurídicos. Su uso se recoge en el artículo 27 EGAE, que expone que antes de iniciar la actuación profesional, éste proporcionará a su cliente la información recogida en el artículo 48 EGAE[23], preferentemente mediante la utilización de hojas de encargo, exponiendo que los Colegios establecerán modelos de hojas de encargo para promover y facilitar su uso. También es mencionada al hablar de intervenciones profesionales de ejercicio colectivo en forma no societaria (artículo 42 EGAE), cuando su apartado tercero hace mención a que esta circunstancia ha de hacerse constar en la hoja de encargo. Los Colegios de Abogados y el Consejo General de la Abogacía Española tienen a disposición de los profesionales estos modelos, cumpliendo con la anterior mención, los cuales son fácilmente accesibles a través de la red[24].

---

23 Artículo 48 EGAE. Entre la información a facilitar con carácter previo: nombre del abogado, número de identificación fiscal, Colegio al que pertenece y número de colegiado, domicilio profesional y medio para ponerse en comunicación con él o con su despacho, incluyendo la vía electrónica. Cuando se trate de una sociedad profesional o despacho colectivo, deberá informar al cliente de su denominación, forma, datos de registro, régimen jurídico, código de identificación fiscal, dirección o sede desde la que se presten los servicios y medios de contacto, incluyendo la vía electrónica. Cuando los servicios requeridos exijan la participación de diferentes profesionales de la Abogacía de una misma sociedad u organización, el cliente tendrá derecho a conocer la identidad de todos ellos, el Colegio al que pertenecen y, si se tratara de sociedades profesionales, si son o no socios, así como el profesional de la Abogacía que asuma la dirección del asunto. También habrá de informarse al cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía, procurará disuadirle de promover conflictos o ejercitar acciones judiciales sin fundamento y le aconsejará, en su caso, sobre las vías alternativas para la mejor satisfacción de sus intereses. Especialmente interesante el apartado cuarto del artículo: le informará sobre los honorarios y costes de su actuación, mediante la presentación de la hoja de encargo o medio equivalente. También le hará saber las consecuencias que puede tener una condena en costas y su cuantía aproximada.

24 Por reseñar los de los organismos más destacables, CGAE, Hoja de encargo profesional, junio 2014 [Consultado online: https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Hoja-de-Encargo-Revisada-junio-2014.pdf, revisión 6 de mayo de 2024]. ICAM, Boletín Deontológico, junio 2020. [Consultado online: https://web.icam.es/wp-content/uploads/2020/06/Boletin-1-Deontolog%C3%ADa.pdf, última revisión 6 de mayo de 2024]. ICAB, Hojas de encargo profesional (en castellano), junio 2018.
[Consultado online: https://www.icab.es/es/colegio/comisiones-y-secciones/honorarios/hojas-de-encargo-profesional/index.html, última revisión 6 de mayo de 2024].

Con la entrada en vigor de la reciente LODD, se vuelve a reforzar la importancia de la hoja de encargo profesional "o medio equivalente", estableciéndose "que constará la información comprensible y accesible universalmente de los derechos que le asisten, los trámites esenciales a seguir en función de la controversia planteada y las principales consecuencias jurídicas inherentes a su decisión, así como del presupuesto previo con los honorarios y costes derivados de su actuación" en su artículo 15.1 LODD. No obstante, la fórmula es algo deficiente, por cuanto que el artículo comienza con "Toda persona podrá solicitar que la contratación de los servicios jurídicos de defensa se formalice por escrito", lo que excluye automáticamente aquellas situaciones de contratación de servicios jurídicos para el asesoramiento, pues no todo es defensa, pese a que la norma parezca aludir al derecho de defensa y al derecho a la asistencia letrada como una única entidad.

3.2. ¿Es obligatoria la hoja de encargo?

Expuesta su definición, ahora ocupa debatir sobre la obligatoriedad de la hoja de encargo. La regla general de los contratos en cuanto a su forma queda recogida en el Libro IV, Título II, Capítulo III del CC. Concretamente, sus artículos 1278 a 1280 CC, recogen que los contratos serán obligatorios, cualquiera su forma, si concurren las condiciones esenciales para su validez, estableciendo que deberán constar en documento público una serie de actos y contratos en los cuales no encontramos el supuesto que nos ocupa[25]. Por consiguiente, nos encontramos ante un supuesto de libertad de forma, por lo que realmente el contrato puede establecerse de la forma en que las partes entiendan deseable, e inclusive de forma verbal y no escrita.

Desde una perspectiva de derecho de consumo, la progresiva evolución de la normativa de consumidores nos debe hacer reflexionar sobre la necesidad de forma escrita del contrato[26]. En este sentido, el abogado o el despacho serán empresarios siguiendo el concepto recogido en el artículo 4 TRLCU, algo que, si bien no debía dejar lugar a dudas, ha sido incluso objeto de pronunciamiento de la jurisprudencia [27]

---

25 Lo más cercano resultaría el apartado quinto del artículo 1280 CC, que habla sobre el poder general para pleitos y los poderes especiales que deban presentarse en juicio, mas los mismos solo suponen un requisito impuesto al profesional para poder actuar en nombre de alguien, no para regular la relación contractual entre el profesional y su cliente.

26 Cfr. ORTEGA REINOSO, G., "Contenido obligacional del contrato de servicios del abogado. Un repaso jurisprudencial", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 34, septiembre 2014, pp. 17 y 18.

27 En el ámbito de la jurisprudencia europea, la STJUE, Sala Novena, C-537/2013, de 15 de enero de 2015 (Birutė Šiba contra Arūnas Devėnas), con ECLI: EU:C:2015:14, cuyo fallo estableció que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (transpuesta en nuestro TRLCU), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a los contratos tipo de servicios jurídicos, como los que son objeto del asunto principal, concluidos por un abogado con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. En el ámbito de la jurisprudencia española, por todas, la STS 121/2020, de 24 de febrero, con ECLI: ES:TS:2020:504, FJ 3º.

y la doctrina[28]. La STJUE C-537/2013, Birutë Ðiba[29], consideró que existe en principio una desigualdad entre los clientes-consumidores y los abogados debido a la asimetría de información a disposición de cada uno, dado el alto nivel de competencias técnicas que los consumidores no poseen necesariamente, de modo que éstos pueden tener dificultades para apreciar la calidad de los servicios que se le prestan. Como ya expondría la STS 203/2011, de 8 de abril[30], en una relación abogado-cliente consumidor, son inadmisibles cláusulas, pactos o prácticas contractuales que, al socaire de la autonomía de la voluntad, incurran en abusividad por suponer un desequilibrio en detrimento del consumidor.

Pero el objeto de estudio es la obligatoriedad de la forma escrita. En este sentido es fundamental el artículo 60 TRLCU, cuyo apartado primero, primer párrafo, establece la obligación de facilitar de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. La clave es si del precepto, que resulta bastante extenso, se deriva la obligación de que tal información conste por escrito, lo que redundaría en que se situara tal información escrita en el marco del contrato, y cuya prueba cumpliría el empresario (que ostenta la carga del cumplimiento de estos requisitos, según el artículo 60.5 TRLCU) mediante su anexión a la hoja de encargo. Lo único que podría acercarnos a la obligación de que conste tal información por escrito es su apartado cuarto[31]. Cuando el artículo indica que, a petición de cualquiera de las

---

28 Nadie duda ya de que la relación abogado-cliente puede y normalmente se verá afectada por el TRLCU y otras normativas de aplicación exclusiva al consumidor. Por todos, CRESPO MORA, M. C., *La prestación de servicios jurídicos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 120; MATE SATUÉ, L. C., *La protección de los consumidores en los contratos de servicios jurídicos*, Ed. Reus, Madrid, 2021, p. 35. PARDO GATO, J. R., *La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 265 y ss.

29 STJUE C-537/2013, op cit., apartado 23, esta vez con cita a la STJUE, Gran Sala, C-94/2004 y C-204/2004, de 5 de diciembre de 2006, (Federico Cipolla contra Rosaria Portolese, señora de Fazari (C-94/04) y Stefano Macrino y Claudia Capoparte contra Roberto Meloni (C-202/04)), con ECLI: EU:C:2006:758, apartado 68.

30 STS 203/2011, de 8 de abril, con ECLI: ES:TS:2011:2011 que expuso concretamente en su FJ 2º que "Sin duda, lo acordado por los interesados lo fue en virtud del principio de autonomía de la voluntad que se recoge en el artículo 1255 del Código Civil. Ahora bien, este principio se desenvuelve con las limitaciones propias que imponen las exigencias de la buena fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos –artículo 1258 CC–, que también recoge la normativa propia de consumidores y usuarios, con lo que se trata de evitar que se produzca un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones que resultan del acuerdo retributivo, como aquí sucede, pues es evidente que lo que se convino en el contrato penaliza de forma clara y grave al cliente desde el momento en que es la voluntad del profesional la que impone de forma encubierta los requisitos del servicio jurídico que presta el bufete para impedir que el cliente pueda resolver unilateralmente el contrato con evidente y grave limitación de su derecho de defensa, pues solo será posible hacerlo mediante el desembolso de una indemnización desproporcionalmente alta que no tiene como correlativo un pacto que ampare su situación en el supuesto de que quisiera resolver el contrato sea cual sea el motivo y en que momento. Se trata, en definitiva, de una cláusula abusiva y, por tanto, nula, que no mantiene una reciprocidad real y equitativa de las obligaciones asumidas por ambos contratantes".

31 La información precontractual debe facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y al menos en castellano y en su caso, a petición de cualquiera de las partes, deberá redactarse también en cualquiera de las otras lenguas oficiales en el lugar de celebración del contrato.

partes, deberá redactarse también (énfasis en el también) en cualquiera de las otras lenguas oficiales, nos debe hacer reflexionar sobre que la información en castellano ya debía constar por escrito; empero, apelar a la obligación de suscribir un documento informativo en base a este apartado nos resulta exagerado.

Tras lo expuesto, debemos determinar que sí que existen determinadas cuestiones cuya forma puede no ser libre o que incluyen determinadas expresiones realizadas expresamente por el cliente, tenga éste o no la cualidad de consumidor. Aunque, como hemos defendido, existe una libertad de forma que jugará negativamente en favor del abogado-profesional en cuanto a su relación con un cliente consumidor, existe la necesidad, en algún que otro caso, de detallar la información por escrito al cliente, o bien recabar su consentimiento expreso para aspectos contextuales del servicio que se le prestará.

Aspecto fundamental que debe constar por escrito, en nuestra opinión, es el consentimiento del cliente a que sus datos personales sean tratados conforme al Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, RGPD) por el profesional. El artículo 4.11 del RGPD establece como «consentimiento del interesado» toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen. Este consentimiento habrá de ser explícito en supuestos tales como tratamiento de datos sensibles, adopción de decisiones automatizadas o transferencias internacionales[32]. Por tanto, dependerá, en primer lugar, de qué datos se tratarán y si éstos revisten la cualidad de sensibles[33], lo que a su vez dependerá en parte de la tipología de asunto que se encargue o del cliente que acuda al despacho. En segundo lugar, del método de trabajo del despacho, por cuanto en ese rango de decisiones automatizadas podrían entrar la operativa de los *chatbots* y otras herramientas tecnológicas que emplee el bufete en su devenir[34]. Y, en tercer lugar, de si el despacho tiene sedes abiertas fuera de nuestro país o si el asunto tiene transcendencia internacional, ya que es posible que el despacho acabe tratando los datos personales en otras jurisdicciones, con legislaciones distintas sobre esta materia. Estas cuestiones parecen, a priori, entrar dentro del artículo 9.2.f) RGPD, que dispone que se podrán tratar los datos sensibles si es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen

32 Guía del Reglamento General de Protección de Datos para responsables de Tratamiento, p. 6. [Consultado online: https://www.aepd.es/guias/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf, última revisión 2 de mayo de 2024].

33 Lo que ocurrirá en la gran mayoría de casos, por cuanto es factible que por el letrado se acaben tratando datos como los genéticos (artículo 4.13 RGPD) o relativos a la salud (artículo 4.15 RGPD).

34 Sobre la labor de los chatbots jurídicos en la prestación de estos servicios, NEUPAVERT ALZOLA, M., "La prestación de servicios jurídicos por medio de chatbot. Precisiones para la era de la inteligencia artificial jurídica", *Actualidad Civil*, núm. 10, 2023.

en ejercicio de su función judicial, lo que resulta de completa aplicación a los contratos de prestación de servicios jurídicos. Sin embargo, toda vez que la labor del abogado, en tanto que profesional, no solo se circunscribe al cumplimiento del encargo sino otras múltiples labores como empresario o parte de un despacho, entendemos que es necesario recabar el consentimiento explícito recogido en el artículo 9.2.a) RGPD.

Para concluir este excurso, el artículo 15.2 de la nueva LODD también establece a este respecto que en la hoja de encargo "se incluirá igualmente, en caso de que se obtengan datos personales relativos al interesado, la información necesaria conforme al artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (General de Protección de Datos)", indicando este que podrá dar cumplimiento mediante acceso al afectado de la información básica del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

3.3. ¿Debe establecerse el precio en la hoja de encargo?

El último de los pormenores a tratar en el marco de la hoja de encargo, y probablemente el más importante, es el precio. Toda vez que el contrato de prestación de servicios jurídicos es oneroso, pues el profesional justamente presta sus servicios con el fin último de obtener una contraprestación que supone su medio de vida, el mismo debe incluir bien la remuneración exacta, o bien la fórmula que se empleará para calcularlos. Vuelve en este punto a existir diferencias sustanciales en los contratos celebrados con consumidores, siendo estos en los que centraremos nuestro estudio.

Debe señalarse lo dispuesto en el artículo 20.1.c) TRLCU, el cual expone que las prácticas comerciales que, de un modo adecuado al medio de comunicación utilizado, incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, posibilitando que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación, y siempre que no pueda desprenderse claramente del contexto, deberán contener (…) "el precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario. En el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio" (estos casos acostumbrarán a ser los más problemáticos, pero también los más comunes en los tribunales). "Igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado" (por ejemplo, la necesidad de contar con un procurador que devengará sus servicios a posteriori, pues solo se sabrá a cuánto asciende su

minuta tras conocer cuántas funciones habrá de desempeñar, las cuales se tarificarán acorde al Real Decreto 434/2024, de 30 de abril, por el que se aprueba el arancel de derechos de los profesionales de la Procura).

Por otro lado, dispone el artículo 60.2.c) TRLCU que, entre las obligaciones de información, se añade la de informar sobre el precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. En los contratos de prestación de servicios jurídicos, señala CRESPO MORA que no hay diferencia con los contratos celebrados con no consumidores, pues toda vez que nos encontramos un contrato oneroso, en el que el precio debe ser cierto[35]. El planteamiento defendido, entonces, será que, si bien no determinado, habrá de ser determinable. ¿Qué ocurrirá entonces en los supuestos en los que no se determine ni *ab initio* ni se prevean criterios para su determinación? En la doctrina, se afirma la nulidad de estos contratos[36], mientras que la jurisprudencia resolvería el problema impidiendo tal invalidez, máxime los asuntos en los que el servicio incluso ya se hubiere prestado. De esta manera, se salva el requisito último de determinabilidad.

Pero que el precio sea determinable no quiere decir que se cumpla con la obligación de información. En este punto queremos resaltar la importancia del pronunciamiento de la STJUE, Sala Cuarta, C-395/2021, de 12 de enero de 2023[37]. Se trató de un asunto en el que el contrato de prestación de servicios jurídicos recogía una fórmula de determinación del precio ascendían a cien euros por cada hora de servicios jurídicos prestados (apartado 40), determinando el TJUE que "habida cuenta de la naturaleza de los servicios que son objeto de un contrato de prestación de servicios jurídicos, es a menudo difícil, incluso imposible, para el profesional prever, desde la celebración del contrato, el número exacto de horas necesarias para prestar tales servicios y, en consecuencia, el coste total efectivo de estos" (apartado 41).

El TJUE entendió que, si bien no puede exigirse un informe sobre factores que dependen de acontecimientos futuros, imprevisibles e independientes de la voluntad de ese profesional, debe comunicarse antes de celebrar el contrato la información que le permita al consumidor tomar prudentemente y con pleno conocimiento, la decisión de la contratación. Añade que esta información, que puede variar en función, por un lado, del objeto y de la naturaleza de las prestaciones previstas en el contrato de servicios jurídicos y, por otro, de las normas profesionales y deontológicas aplicables, debe incluir indicaciones que permitan

35 Lo hace trayendo a colación el artículo 1544 CC, sobre precio cierto en el arrendamiento de servicios, y con cita a diversa jurisprudencia menor. CRESPO MORA, M. C., *La prestación de servicios jurídicos*, *Op. cit.*, p. 122.

36 CRESPO MORA, M. C., *La prestación de servicios jurídicos*, *Op. cit.*, p. 122, así como ALONSO PÉREZ, M.ª T., "El paralelismo entre obligaciones de medios/resultado y contratos de servicio/obra en las propuestas oficiales de modernización del Derecho español", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2, abril-junio 2019, p. 200, en referencia a la propuesta de artículo 1582.

37 STJUE, Sala Cuarta, C-395/2021, de 12 de enero de 2023 (D.V. c. M.A.).

al consumidor apreciar el coste total aproximado de esos servicios, por lo que deberá proporcionarse una estimación del número previsible o mínimo de horas necesarias para prestar un determinado servicio o de un compromiso de enviar, a intervalos razonables, facturas o informes periódicos que indiquen el número de horas de trabajo realizadas (apartados 43 y 44). Y, por consiguiente, entendió que la cláusula de facturación por horas no responde a la exigencia de redacción clara y comprensible si antes no se ha comunicado al consumidor la información que le permita tomar su decisión con prudencia y con pleno conocimiento de las consecuencias económicas que entraña la celebración de ese contrato.

Lo sorprendente ocurre, a nuestro criterio, cuando el TJUE detalla el efecto que la falta de transparencia, que no se traduce en abusividad, según el apartado 52. Así, detalla el TJUE que cuando un contrato de prestación de servicios jurídicos celebrado entre un abogado y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula declarada abusiva que fija el precio de los servicios según el principio de la tarifa por hora y estos servicios se han prestado, la aplicación de la Directiva 93/13 (artículos 6.1 y 7.1) no se opone a que el juez nacional restablezca la situación en la que se habría encontrado el consumidor de no existir dicha cláusula, incluso si ello da lugar a que el profesional no perciba remuneración alguna por sus servicios.

También alude el TJUE a que en el supuesto de que la anulación del contrato en su totalidad exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, estas disposiciones no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de dicha cláusula sustituyéndola por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio o aplicable en caso de acuerdo entre las partes de dicho contrato.

Lo que nos parece evitable a la luz de la tendencia del TS español es la oposición de la Directiva, según el TJUE, a que el juez nacional sustituya la cláusula abusiva anulada por una estimación judicial del importe de la remuneración adeudada por dichos servicios.

Ello por cuanto en no pocas ocasiones el contrato de prestación de servicios jurídicos se formaliza verbalmente y se procede a la realización del encargo dejando la determinación de los honorarios a posteriori, pudiendo siempre recurrirse a los órganos judiciales para que velen porque el precio se corresponda con el valor de los determinados servicios prestados.

En este sentido, la jurisprudencia del TS[38] ha venido recogiendo un abanico de crite-

38 STS 501/2023, FJ 4º, op cit. La misma cita a la STS 260/2009, de 28 de abril, con ECLI: ES:TS:2009:2201, la cual expone la jurisprudencia sobre los criterios ponderativos de la determinación del importe de los honorarios, al razonar que la determinación judicial del precio está sometida a distintas pautas valorativas: SSTS 241/1994, de 15 de marzo, con ECLI: ES:TS:1994:1750 (dictamen del Colegio de Abogados, cuantía de los asuntos, trabajo realizado, grado de complejidad, dedicación requerida y resultados obtenidos), 153/1998, 24 de febrero, con ECLI: ES:TS:1998:1246 (naturaleza del asunto, valor económico, amplitud y complejidad de la labor desarrollada) y 115/2001, 16 de febrero, con ECLI: ES:TS:2001:1064 (tiempo de dedicación, número de asuntos, complejidad de las cuestiones y resultados favorables), sin descuidar la costumbre o uso del lugar (STS 59/1998, de 3 de febrero, con

rios ponderativos para poder determinar el importe de los honorarios profesionales (una vez se demuestra la prestación de los servicios jurídicos), indicando que la determinación judicial se somete a pautas valorativas tales como:

- El dictamen del Colegio de Abogados.
- Cuantía de los asuntos.
- Trabajo realizado.
- Grado de complejidad.
- Dedicación requerida y tiempo dedicado.
- Resultados obtenidos.
- Naturaleza del asunto.
- Valor económico.
- Tiempo de dedicación.
- Número de asuntos.
- Costumbre o uso del lugar.
- Ponderación mediante un criterio de prudencia y equidad.

Por consiguiente, podemos concluir que el establecimiento de fórmulas para determinar el precio tampoco estará exento de discusión posterior si la fórmula en sí no ha sido explicada con total detenimiento al cliente junto a una evaluación tanto al inicio como durante la prestación de los servicios jurídicos.

Podría entenderse que, si los servicios han sido prestados de conformidad con lo que el cliente solicitó, una determinación judicial de la cuantía podría satisfacer los intereses de todas las partes, al menos parcialmente. Pero lo cierto y verdadero es que quizá esa determinación judicial podría ser totalmente desproporcionada con lo que el cliente ab initio estaba dispuesto a pagar, pudiendo este haber optado por no celebrar el contrato, por lo que entendemos que la decisión del TJUE es acertada.

Todo lo que antecede redunda en la idea de que la formalización por escrito de la contratación de los servicios jurídicos, y especialmente el precio, si bien no es obligatoria, vendrá a fortalecer la vigencia del vínculo contractual entre abogado

ECLI: ES:TS:1998:627) y la ponderación mediante un criterio de prudencia y equidad (SSTS de 4 de mayo de 1988, con ECLI: ES:TS:1988:3268 y 748/1999, 16 de septiembre, con ECLI: ES:TS:1999:5559), si bien constituye un "prius" inexcusable la prueba por el Letrado de la realidad de los servicios prestados (STS 864/1998, de 24 de septiembre, con ECLI: ES:TS:1998:5359). No debe perderse de vista que la STS 501/2023 citada *ab initio* resuelve un asunto que provenía del sistema de asistencia jurídica gratuita y turno de oficio, en el que la relación abogado cliente continuó sin existir un sustento contractual que vinculara a las partes más allá de la primera designación de oficio y la pérdida posterior del beneficio de justicia gratuita por parte del cliente, lo que nos lleva a un supuesto inusual donde en ningún momento hubo un precio convenido, siquiera orientativamente.

y cliente, que protegerá al primero ante los impagos y le aportará la certeza de que el cliente le ha escogido libremente conociendo los pormenores de su relación, y al segundo ante los posibles vaivenes a los que acostumbra enfrentarse cualquier encargo jurídico, que como ya se ha indicado, no resultan de fácil minutación.

4. LA HOJA DE ENCARGO Y LA JURA DE CUENTAS A LA LUZ DEL REAL DECRETO-LEY 6/2023, DE 19 DE DICIEMBRE

Lo ya expuesto tiene, además, una consideración fundamental a la luz del especial procedimiento sumario privilegiado[39] del que gozan los profesionales jurídicos para el cobro de sus honorarios, diferenciado de otros procedimientos declarativos.

El DPEJ[40] define la jura de cuentas como "proceso especial por el que los procuradores y abogados pueden reclamar, respectivamente, a la parte a la que representen o defiendan el pago de derechos y gastos que hubieren suplido para el asunto o de los honorarios que hubieren devengado en el asunto, presentando cuenta o minuta detallada y manifestando formalmente que les son debidos y no han sido satisfechos". La jura de cuentas, según la jurisprudencia del TC, se trata de "un procedimiento sumario con garantías limitadas, cuya única finalidad es que se requiera, bajo apercibimiento de apremio, a la parte litigante, para que pague los honorarios devengados en un procedimiento jurisdiccional[41] . La denominación "jura de cuentas" proviene de la LEC de 1881, cuando establecía que "los procuradores y abogados podrían utilizar aquel cauce "jurando" que le eran debidas las diversas partidas, si bien, tal verbo se ha sustituido por "manifestando" en los arts. 34 y 35 LEC, optando por un "gerundio aconfesional", juramento que, por cierto, sí se mantiene, en opción, respecto a testigos y peritos"[42], mas ya carece de respaldo normativo, aunque sintetiza la esencia del procedimiento[43]. El sistema LexNET ya incluso lo denomina directamente "Cuenta del abogado".

En el caso de los letrados, recoge el artículo 35 LEC un procedimiento especial para la reclamación a su propio defendido del pago de los honorarios devengados mediante minuta detallada y manifestación formal de que tales honorarios le son debidos y no satisfechos. La norma prevé que tal derecho también lo

---

39 Privilegio constitucional, toda vez lo dispuesto en la STC 110/1993, de 25 de marzo, con ECLI: ES:TC:1993:110, en relación a la jura de cuenta de los artículos 8 y 12 de la LEC 1881. No opinaba de esta forma GIMENO SENDRA, V., en el segundo de los votos particulares disidentes de la citada STC.

40 DPEJ, jura de cuentas, acepción única. https://dpej.rae.es/lema/jura-de-cuentas

41 Por todas, la STC 34/2019, de 14 de marzo, con ECLI: ES:TC:2019:34, FJ 6º y STC 62/2009, de 9 de marzo, con ECLI: ES:TC:2009:62, FJ 4º.

42 FRAGA MANDIÁN, A., "Caducidad de la instancia y jura de cuentas", *Proceso civil: cuaderno jurídico*, núm. 129, 2017, p. 18.

43 FRAGA MANDIÁN, A., "Cosa juzgada y jura de cuentas", *Proceso civil: cuaderno jurídico*, núm. 144, 2021, p. 18.

tengan los herederos del letrado, así como la posibilidad de intervención sin abogado ni procurador.

4.1. Génesis de la reforma

El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo incluye dentro de sus modificaciones la de los artículos relativos a la jura de cuentas. Ello se produce mediante el artículo 103 de la norma, de modificación de la LEC, cuyo apartado cinco modifica la jura de cuentas del procurador y cuyo apartado sexto procede con la del abogado. Se modifica el apartado segundo y se añade un nuevo apartado cuarto[44].

El aspecto fundamental de la reforma para el interés del presente trabajo es el citado nuevo apartado cuarto. Con el actual texto del procedimiento de jura de cuentas, el contrato escrito pasa a ser una obligación si se quiere disponer de este trámite para los casos de reclamación dirigida contra una persona física.

¿Cuál es la razón de esta reforma? Para entender el por qué debemos remontarnos al caso *Vicente c. Delia*[45] y sus sucesivas resoluciones. Así, la primera de las mismas, el

---

44 Artículo 35.4 LEC. Si la reclamación se dirige contra una persona física, el abogado o abogada deberá aportar junto con la cuenta el contrato suscrito con el cliente y el letrado o letrada de la Administración de Justicia, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez o la jueza para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible. El juez o jueza examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas estas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador. De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas. Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el letrado o letrada de la Administración de Justicia procederá a requerir al deudor en los términos previstos en el apartado 2. El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso. El pronunciamiento, una vez firme, tendrá fuerza de cosa juzgada."

45 En este, Vicente y su compañero Augusto, abogados, y Delia, cliente, suscribieron una hoja de encargo en febrero de 2017 para el estudio, reclamación extrajudicial y en su caso judicial, en un asunto de nulidad de cláusulas abusivas incorporadas a un contrato de préstamo celebrado por Delia, en el que se incorporó una cláusula de desistimiento que obligaba a la cliente a pagar la suma aplicable por baremo para la tasación de costas respecto de la hipotética demanda para los supuestos de finalización del procedimiento judicial o acuerdo extrajudicial sin conocimiento o contra el consejo del despacho. Se interpuso reclamación extrajudicial, a raíz de la cual el banco ofreció directamente a la cliente la solución del procedimiento, lo que Delia aceptó, no constando la comunicación al letrado ni si este le aconsejó al respecto. El letrado presentó demanda de nulidad de cláusula suelo, y remitió burofax a la cliente manifestando su disconformidad con la oferta, incidiendo en que ya se encontraba la demanda presentada. Meses más tarde, la procuradora del asunto remitió escrito de desistimiento indicando la satisfacción extraprocesal indicando la aceptación de la transacción haciendo constar el criterio del abogado, contrario a tal satisfacción, y tras lo cual, juraría la cuenta a

Auto del Juzgado de Primera Instancia, Sc. 10ª, de Sevilla, de 24 de mayo de 2021[46], plantea al TJUE hasta cinco cuestiones prejudiciales: dos de eminente carácter procesal, con relación al derecho a la tutela judicial efectiva y a la normativa europea de consumidores, y tres de carácter objetivo, vinculadas a la cláusula objeto de pugna entre las partes.

Las dos primeras serán respondidas por el TJUE[47] en el sentido de oponerse a una normativa nacional de procedimiento sumario de pago de honorarios de abogados donde se produce una resolución por autoridad no jurisdiccional y con únicamente la intervención del órgano jurisdiccional en fase de recurso sin posibilidad de control de las cláusulas abusivas. De aquellos polvos, estos lodos, y dicho y hecho, aunque con los tiempos habituales de la política legislativa, se procedería a reformar los artículos 34 y 35 LEC.

4.2. Los pronunciamientos relativos a la cláusula de desistimiento: STJUE Vicente c. Delia

Resulta de interés, para poder entender el actual procedimiento, conocer cómo se solventaron las cuestiones materiales planteadas al TJUE. Así, la tercera pregunta, primera de las cuestiones materiales[48], actuaría como pilar para las siguientes dos, configurándose estas para la posible respuesta afirmativa (la cuarta) o negativa (la quinta).

El TJUE establece que esta cláusula no queda incluida en la categoría de las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de objeto principal del contrato, porque no constituye regulación de las prestaciones esenciales del contrato (con cita a la STJUE C-186/16, de 20 de septiembre de 2017[49]). Esta cláusula de desistimiento tampoco se

su cliente mediante cálculo con el baremo del ICA Sevilla. Esta minuta fue impugnada por indebida, manifestando no haber sido informada de tal cláusula, y alegando que sólo debía abonar el 10% de lo reclamado, que ya había ingresado, e invocando la abusividad de la cláusula. Vid. STJUE, Sala Novena, C-335/21, de 22 de septiembre de 2022, (Vicente contra Delia) con ECLI: EU:C:2022:720, apartados 21 y ss.

46 AJPI Sevilla, Sc. 10, de 24 de mayo de 2021, con ECLI: ES:JPI:2021:58A. No nos resistimos a criticar, ya de antemano, que resulta bochornoso que el escrito rector del procedimiento de jura de cuentas se remontara a noviembre de 2017, y hablemos de un auto dictado en 2021, lo que aventuramos en considerar como una prueba más de la falta de medios materiales crónica con la que convive la Administración de Justicia.

47 STJUE Vicente c. Delia, *Op. cit.*, apartado 75.

48 "3. ¿Una cláusula contenida en un contrato entre un abogado y un consumidor, como la controvertida, que prevé el abono de unos honorarios para el supuesto específico de que el cliente desista del procedimiento judicial antes de su finalización o alcance acuerdo con la entidad, sin conocimiento o contra el consejo del despacho de abogados, debe estimarse incluida en las previsiones del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, por tratarse de una cláusula principal referida al objeto del contrato, en este caso, al precio?"

49 STJUE, Sala Segunda, C-186/16, de 20 de septiembre de 2017 (Ruxandra Paula Andriciuc y otros contra Banca Românească SA), con ECLI: EU:C:2017:703.

incluye en la categoría de cláusulas contractuales relativas a la adecuación entre precio y servicio, ya que no estipula retribución a cambio de servicio, sino sanción por incumplimiento de una obligación contractual (nuevamente, con cita a su propia jurisprudencia, esta vez a la STJUE C-26/13, de 30 de abril de 2014[50]).

Por todo ello, concluye que no debe estimarse incluida en las previsiones del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, y, por consiguiente, procede a responder la quinta cuestión prejudicial[51]. Así, el TJUE, recordando el concepto de práctica comercial engañosa (artículo 7, apdos. 1 y 2 Directiva 2005/29) como "toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita, oculte u ofrezca de manera poco clara información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado", pasa a analizar el caso de autos exponiendo que, al no mencionarse tal cláusula de desistimiento en la oferta comercial o la información previa, constituiría a priori una omisión de comunicar información sustancial o una ocultación de información sustancial que puede influir en la decisión del consumidor.

La cláusula remitía al baremo orientador de honorarios del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, que considera el TJUE, se trata de un documento cuyo contenido es difícilmente accesible y comprensible, y que, para el caso de desistimiento, correspondería al consumidor el abono de una penalidad contractual cuyo importe puede ser significativo e incluso desproporcionado, mas deja tal pronunciamiento a la incumbencia del órgano nacional. Y por todo ello, comprende tal práctica comercial como engañosa.

Tras el pronunciamiento del TJUE, el Juzgador nacional[52] debería estudiar la abusividad de la cláusula, toda vez que no se relaciona con el objeto del contrato, añadiendo que su incorporación debe considerarse una práctica comercial engañosa siempre que haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Mas el Juzgador se ve incapaz de efectuar, en medio de un recurso en el seno de un procedimiento de jura de

---

50 STJUE, Sala Cuarta, C-26/13, de 30 de abril de 2014 (Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt), con ECLI: EU:C:2014:282.

51 "5. En caso de que la respuesta anterior fuera negativa, ¿puede ser considerada una práctica comercial desleal en los términos de la Directiva 2005/29 la incorporación a un contrato suscrito entre un abogado y un consumidor de una cláusula como la controvertida, que fija los honorarios del abogado mediante la mera remisión a un baremo de un Colegio de Abogados, el cual establece distintas reglas a aplicar según cada supuesto concreto, y de la que ninguna mención se realizaba en la oferta comercial y en la información previa?"

52 AJPI Sevilla, Sc. 10ª, de 5 de octubre de 2022, con ECLI:ES:JPI:2022:500A. Este estimó el recurso de revisión interpuesto contra el decreto de 15 de octubre de 2020, dejándolo sin efecto, y en su lugar se acordó el archivo del procedimiento de jura de cuentas.

cuentas, una actuación conforme a la Directiva 93/13, lo que le conmina a estimar el recurso de la cliente contra la resolución del LAJ, dejándolo sin efecto y archivando el procedimiento, quedando a salvo el derecho de las partes a acudir a un hipotético procedimiento ordinario[53].

4.3. Algunas críticas a la nueva regulación del procedimiento de jura de cuentas

La transformación del procedimiento para adaptarse a este pronunciamiento invita y merece algunas críticas.

Como ya hemos comentado, el contrato de prestación de servicios jurídicos que vincula a abogado y cliente está sujeto a la normativa de consumidores[54]. Pero el planteamiento de la reforma del procedimiento de jura de cuentas a la hora de afrontar la posibilidad de existencia de abusividad de alguna cláusula (vigente apartado 4º del artículo 35).

Este recoge que en las reclamaciones contra persona física, habrá de aportarse junto con la cuenta el contrato suscrito con el cliente, para que SS.ª pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible, examinándolo de oficio. Debemos preguntarnos si este procedimiento responde realmente al pronunciamiento del TJUE. Se recoge la referencia a "reclamación contra una persona física". ¿Persona física? Una interpretación teleológica del pronunciamiento del TJUE en el caso Vicente c. Delia nos hace dirigirnos a que esta exigencia se debería disponer en los casos en que se tenga la condición de consumidor. Un autónomo es una persona física, pero no será consumidor cuando actúe con propósitos de su actividad económica. Una persona jurídica, por definición y aun a riesgo de decir una obviedad, no es una persona física, pero puede gozar de la condición de consumidor. Asimismo, también las entidades sin personalidad jurídica (como las comunidades de propietarios, frecuentemente involucradas en litigios) pueden resultar afectadas positivamente por la legislación de consumidores[55]. Por ello, entendemos que el nuevo apartado cuarto debería haber puesto el foco en la condición de consumidor, y no en si se trata o no de una persona física[56]. En este sentido, como señala PEREA GONZÁLEZ, hubiese

---

53 En palabras de MARTÍNEZ CIMADEVILLA, "parece que el TJUE ampararía el control judicial sobre las posibles cláusulas en el marco del procedimiento sumario", lo que con la antigua legislación no era posible Cfr. MARTÍNEZ CIMADEVILLA, P., "Jura de cuentas: cuestiones complejas y cláusulas abusivas", *DiarioLaLey*, núm. 10231, Sc. Tribuna, 17 de febrero de 2023, p. 4.

54 STJUE C-537/2013, Birutë Ðiba, *op cit*.

55 Vid. FRAGA MANDIÁN, A., "Análisis a vista de pájaro de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre", *Proceso civil: cuaderno jurídico*, pp. 7-9.

56 En idéntico sentido ACHÓN BRUÑÉN, "Problemas que plantean las modificaciones introducidas por el Real Decreto Ley 6/2023 de 19 de diciembre en los procedimientos de juras de cuentas: especial referencia a la apreciación de cláusulas abusivas", *DiarioLaLey*, Sección Tribuna, 25 de enero de 2024, p. 5.

sido bastado con realizar una fórmula analógica con lo dispuesto en el artículo 815.3 LEC[57] para el juicio monitorio[58] , que sí emplea las palabras consumidor y usuario.

Por otro lado, el nuevo procedimiento exige el contrato suscrito con el cliente: la hoja de encargo. El artículo establece la aportación, en primer lugar, de la cuenta, y, en segundo lugar, del contrato suscrito con el cliente, mediante el verbo modal deberá, lo que lo configura como un requisito preceptivo. Mas en el ámbito de los servicios jurídicos, encontramos un supuesto exclusivo que no se produce en otras profesiones liberales. Hablamos de los contratos de prestación de servicios jurídicos surgidos mediante el régimen del derecho de asistencia jurídica gratuita en los que posteriormente se pierde el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En estos supuestos, la relación comienza al amparo de la Ley 1/1996, pero posteriormente se convierte en una relación abogado cliente ordinaria. La relación entre el solicitante de asistencia jurídica gratuita y su letrado es una relación contractual de origen legal, que proviene de la designación de abogado a través del sistema de turno de oficio y reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita. Este planteamiento ha sido objeto de estudio tanto por parte de la doctrina[59], como por parte de la jurisprudencia menor[60].

En la gran mayoría de estos casos hablaremos de procedimientos en los que el cliente goza de la condición de consumidor, pero tras la no consecución (porque el cliente prescinda de la presentación de los documentos preceptivos para la obtención del beneficio) o la pérdida (porque el cliente deje de reunir los requisitos para la obtención del beneficio) de la condición de beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita, nos hallaremos ante un escenario en el que el letrado no puede desistirse de un procedimiento en el que se le antoja arduo obtener una retribución.

Pareciera que el mensaje que esta reforma envía es el de que el letrado debe, cuando el cliente pierde esta condición, suscribir un contrato escrito. Pero esta posibilidad se ve truncada, en primer lugar, por la manifiesta dificultad de un letrado de suscribir un contrato con un cliente a precio de mercado cuando proviene del sistema

---

57 815.3, párrafo 2º LEC. "Igualmente, si se considerase que la deuda se funda en un contrato celebrado entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el letrado o letrada de la Administración de Justicia, previamente a efectuar el requerimiento de pago, dará cuenta al juez o jueza, quien, si estimare que alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera ser calificada como abusiva, podrá plantear mediante auto una propuesta de requerimiento de pago por el importe que resultara de excluir de la cantidad reclamada la cuantía derivada de la aplicación de la cláusula".

58 Cfr. PEREA GONZÁLEZ, Álvaro, "Otra vez sobre las cuentas juradas: a propósito de la STJUE de 22 de septiembre de 2022". [Consultado online: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/10/04/legal/1664892759_154681.html, última revisión 16 de abril de 2024].

59 SERRA RODRÍGUEZ, A., *La responsabilidad civil del abogado, cit*., p. 155. En idéntico sentido, CRESPO MORA, M. C., *La prestación de servicios jurídicos, cit.*, pp. 34-36.

60 SAP Guadalajara, Sc. 1ª, 150/2016, de 28 de septiembre, con ECLI: ES:APGU:2016:256; SAP Pontevedra, Sc. 3ª, 117/2017, de 20 de abril, con ECLI: ES:APPO:2017:831.

de la gratuidad. No obstante, por algunos Colegios de Abogados[61] ya se viene trabajando en una posible hoja de encargo del turno de oficio, lo que redunda en la necesidad de apelar a este instrumento para articular la relación. Y, en segundo lugar, por la imposibilidad del letrado de desistirse del cliente, ya que él ha sido designado de oficio, y, por tanto, solo procede la retirada del procedimiento en supuestos tasados, como la insostenibilidad de la pretensión. Mas la realidad es que estos supuestos han sido preteridos. De facto, remitidos a los procedimientos ordinarios para la reclamación de cuantías. Lo que no encaja con el sentido del procedimiento de jura de cuentas, que se produce justamente para evitar crear un nuevo procedimiento a raíz de un procedimiento.

5. CONCLUSIONES

La hoja de encargo en los servicios jurídicos puede y deber jugar un papel fundamental en la relación abogado-cliente, que como ya hemos defendido, se articula a través de un contrato de prestación de servicios jurídicos, susceptible en su caso de someterse a las reglas del juego determinadas para la contratación con consumidores. Debe ser en este plano donde adquiera la mayor de las relevancias, pues la actual legislación impone al profesional una suerte de deberes y obligaciones, así como determinadas presunciones para las que la hoja de encargo puede suponer una salvaguarda fundamental para los intereses de las partes, que acostumbrarán a entrar en conflicto, mayoritariamente, durante el encargo y tras la finalización del encargo. Estas obligaciones serán, con el paso del tiempo, cada vez mayores.

Defendemos a día de hoy que la hoja de encargo que materialice en forma escrita el contrato de prestación de servicios jurídicos no es obligatoria, sino más que deseable. Es perfectamente posible que en una relación abogado - cliente nos hallemos ante un contrato verbal de prestación de servicios jurídicos en el que quede constancia escrita de cuestiones tales como la información previa, el presupuesto inicial, o el consentimiento para el tratamiento de los datos personales. No obstante, el profesional de la abogacía, máxime en los supuestos de relación contractual con consumidores, se arriesga a sufrir determinadas vicisitudes tras el encargo si no consigue dejar constancia escrita del cumplimiento de las obligaciones de información y de los términos concretos en los que se selló el acuerdo, toda vez que el encargo ya será imposible de deshacer.

Esta hoja de encargo ha venido adquiriendo una importancia cada vez mayor en los últimos años, como puede observarse en el artículo 48.4 EGAE, con respecto a los deberes de información e identificación, pero el gran paso hacia adelante ha podido

61 Así lo expuso el Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz, J. ADOLFO BATURONE, en el Seminario Internacional "Abogados, Procuradores y ODS" (dir. por P. GARCÍA MOLINA), celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, 25 de octubre de 2023.

constituirlo el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre. La reforma que éste ha operado en los artículos 34 y 35 LEC consigue, en nuestra opinión, colmar las exigencias derivadas de la STJUE Vicente c. Delia, pero no de la mejor manera, incurriendo en problemáticas tales como la utilización del término "persona física" en lugar de "consumidores y usuarios" o la difícil aplicación de este nuevo régimen a aquellos contratos de prestación de servicios que provienen de la asistencia jurídica gratuita. De seguro, este paso no se habrá producido con la LODD, que en su artículo 15 poco o nada viene a añadir a la cuestión, y viene ello a suponer una oportunidad perdida para que los abogados y sus clientes deban formalizar por escrito el contrato.

6. BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M.ª J., "Problemas que plantean las modificaciones introducidas por el Real Decreto Ley 6/2023 de 19 de diciembre en los procedimientos de juras de cuentas: especial referencia a la apreciación de cláusulas abusivas", DiarioLaLey, Sección Tribuna, 25 de enero de 2024, pp. 1-17.

ALONSO PÉREZ, M.ª T., "El paralelismo entre obligaciones de medios/resultado y contratos de servicio/obra en las propuestas oficiales de modernización del Derecho español", Revista de Derecho Civil, vol. VI, núm. 2, abril-junio 2019, pp. 169-205.

CERVILLA GARZÓN, M. D., La prestación de servicios profesionales, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

CERVILLA GARZÓN, M. D., Jurisprudencia y doctrina en torno a las obligaciones de medios, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

CHAPARRO MATAMOROS, P., "Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil del abogado", CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, núm. 174, 2015, pp. 5-56.

CRESPO MORA, M. C., La prestación de servicios jurídicos, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

GARCÍA VALDECASAS, A., "La esencia del mandato", Revista de Derecho Privado, 1944, pp. 769-776.

GÓMEZ MARÍN, M., GIL Y GÓMEZ, P., Digesto, Código, Novelas e Instituta de Justiniano, en castellano y latín, Tomo III, Madrid, 1874.

FRAGA MANDIÁN, A., "Caducidad de la instancia y jura de cuentas", Proceso civil: cuaderno jurídico, núm. 129, 2017, pp. 17-20.

FRAGA MANDIÁN, A., "Cosa juzgada y jura de cuentas", Proceso civil: cuaderno jurídico, núm. 144, 2021, pp. 18-36.

FRAGA MANDIÁN, A., "Análisis a vista de pájaro de la reforma operada en la Ley

de Enjuiciamiento Civil por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre", Proceso civil: cuaderno jurídico, pp. 7-25.

JORDANO FRAGA, F., "Obligaciones de medios y de resultado. A propósito de alguna jurisprudencia reciente", Anuario de Derecho Civil, vol. 44, núm. 1, 1991, pp. 5-96.

LEÓN-CASTRO ALONSO, J., El mandato, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2020.

LÓPEZ SUÁREZ, C., "El contrato de organización de eventos: un contrato de prestación de servicios", en VV.AA., Temas Actuales de Derecho Privado II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

LÓPEZ SUÁREZ, C., "La interpretación de la regulación del Código Civil por la jurisprudencia", en AA.VV.: El actual contrato de prestación de servicios, CERVILLA GARZÓN, M. D., ZURITA MARTÍN, I. (dirs.), LÓPEZ SUÁREZ, C. (coord.), Ed. Aranzadi, 2023.

MATE SATUÉ, L. C., La protección de los consumidores en los contratos de servicios jurídicos, Ed. Reus, Madrid, 2021.

MARTÍNEZ CIMADEVILLA, P., "Jura de cuentas: cuestiones complejas y cláusulas abusivas", DiarioLaLey, núm. 10231, Sc. Tribuna, 17 de febrero de 2023, pp. 1-5.

NEUPAVERT ALZOLA, M., "La prestación de servicios jurídicos por medio de chatbot. Precisiones para la era de la inteligencia artificial jurídica", Actualidad Civil, núm. 10, 2023, pp. 1-26.

ORTEGA REINOSO, G., "Contenido obligacional del contrato de servicios del abogado. Un repaso jurisprudencial", Revista jurídica de Castilla y León, núm. 34, septiembre 2014, pp. 1-43.

PARDO GATO, J. R., La relación abogado-cliente. El contrato de servicios del abogado, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

PEREA GONZÁLEZ, Álvaro, "Otra vez sobre las cuentas juradas: a propósito de la STJUE de 22 de septiembre de 2022". [Consultado online:

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/10/04/legal/1664892759_154681.html].

SERRA RODRÍGUEZ, A., La responsabilidad civil del abogado, Aranzadi, Navarra, 2001.

TOBÍO FERNÁNDEZ, J., "Operae Liberales: Consideración social y aspectos jurídicos relevantes de las profesiones liberales en la Roma antigua", Revista de Derecho UNED, núm. 24, 2019, pp. 403-432.

VELASCO PERDIGONES, J. C., La responsabilidad civil del Compliance Officer, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

VELASCO PERDIGONES, J. C., "La regulación en el Código Civil: arrendamiento de servicios", en AA.VV.: El actual contrato de prestación de servicios, CERVILLA GARZÓN, M. D., ZURITA MARTÍN, I. (dirs.), LÓPEZ SUÁREZ, C. (coord.), Ed. Aranzadi, 2023.

7. JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia europea.

STJUE, Gran Sala, C-94/2004 y C-204/2004, de 5 de diciembre de 2006 (Federico Cipolla contra Rosaria Portolese, señora de Fazari (C-94/04) y Stefano Macrino y Claudia Capoparte contra Roberto Meloni (C-202/04)), con ECLI: EU:C:2006:758.

STJUE, Sala Cuarta, C-395/2021, de 12 de enero de 2023 (D.V. c. M.A.).

STJUE, Sala Cuarta, C-26/13, de 30 de abril de 2014 (Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt), con ECLI: EU:C:2014:282.

STJUE, Sala Novena, C-537/2013, de 15 de enero de 2015 (Birutė Šiba contra Arūnas Devėnas), con ECLI: EU:C:2015:14.

STJUE, Sala Segunda, C-186/16, de 20 de septiembre de 2017 (Ruxandra Paula Andriciuc y otros contra Banca Românească SA). con ECLI: EU:C:2017:703.

STJUE, Sala Novena, C-335/21, de 22 de septiembre de 2022 (Vicente contra Delia) con ECLI: EU:C:2022:720.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

STC 110/1993, de 25 de marzo, con ECLI: ES:TC:1993:110

STC 62/2009, de 9 de marzo, con ECLI: ES:TC:2009:62

STC 34/2019, de 14 de marzo, con ECLI: ES:TC:2019:34

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

STS de 14 de junio de 1907

STS de 4 de mayo de 1988, con ECLI: ES:TS:1988:3268

STS 59/1998, de 3 de febrero, con ECLI: ES:TS:1998:627

STS 241/1994, de 15 de marzo, con ECLI: ES:TS:1994:1750

STS 153/1998, 24 de febrero, con ECLI: ES:TS:1998:1246

STS 864/1998, de 24 de septiembre, con ECLI: ES:TS:1998:5359

STS 748/1999, 16 de septiembre, con ECLI: ES:TS:1999:5559
STS 115/2001, 16 de febrero, con ECLI: ES:TS:2001:1064
STS 186/2007, de 26 de febrero, con ECLI:ES:TS:2007:1187.
STS 260/2009, de 28 de abril, con ECLI: ES:TS:2009:2201
STS 203/2011, de 8 de abril, con ECLI: ES:TS:2011:2011
STS 337/2018, de 6 de junio, con ECLI: ES:TS:2018:2964
STS 331/2019, de 10 de junio, con ECLI: ES:TS:2019:1948
STS 50/2020, de 22 de enero, con ECLI: ES:TS:2020:99
STS 121/2020, de 24 de febrero, con ECLI: ES:TS:2020:504
STS 375/2021, de 1 de junio, con ECLI: ES:TS:2021:2254
STS 501/2023, de 17 de abril, con ECLI: ES:TS:2023:1490.

Jurisprudencia menor

SAP Guadalajara, Sc. 1ª, 150/2016, de 28 de septiembre, con ECLI: ES:APGU:2016:256
SAP Pontevedra, Sc. 3ª, 117/2017, de 20 de abril, con ECLI: ES:APPO:2017:83
AJPI Sevilla, Sc. 10, de 24 de mayo de 2021, con ECLI: ES:JPI:2021:58A
AJPI Sevilla, Sc. 10ª, de 5 de octubre de 2022, con ECLI:ES:JPI:2022:500A

ANÁLISIS

La lucha contra el cibercrimen y las últimas reformas penales en España e Italia: luces y sombras

The fight against cybercrime and the most recent criminal law reforms in Spain and Italy: lights and shadows

CHIARA CRESCIOLI

Abogada

Abogada y Doctora en Derecho Penal por las Universidades de Verona (Italia) y Bayreuth (Alemania)

cresciolichiara@gmail.com

https://orcid.org/0009-0002-5452-4005

Resumen: La necesidad de la regulación de la ciberdelincuencia ha llamado la atención de las instituciones supranacionales como la Unión Europea y el Consejo de Europa. Por lo tanto, los legisladores nacionales de los diferentes países de la UE, como España e Italia, han tenido que modificar varias veces sus propios códigos penales para cumplir con las obligaciones de los convenios internacionales, las Decisiones Marco y las Directivas relativas a los ataques informáticos y al cibercrimen. Sin embargo, las medidas adoptadas por el legislador europeo y, por consiguiente, por los legisladores nacionales que regulan los ciberdelitos en sus Códigos penales (como el español y el italiano), todavía no se ajustan completamente a las características de la criminalidad cibernética actual, así como al fenómeno delictivo denominado Cybercrime-as-a-Service. En el presente trabajo se analiza, en perspectiva comparada entre España e Italia, la evolución de la legislación penal contra el cibercrimen y su aplicación jurisprudencial, con especial referencia a las estafas informáticas y al empleo ilícito de los medios de pagos distintos del efectivo, intentando ofrecer

Recepción: 10/04/2024 Aceptación: 01/11/2024

Cómo citar este trabajo: CRESCIOLI, Chiara, "La lucha contra el cibercrimen y las últimas reformas penales en España e Italia: luces y sombras", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 403-427, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.12

hipotéticas soluciones para mejorar las normas penales en el mencionado ámbito de criminalidad, que afecta cada día a más usuarios y entidades públicas.

Abstract: *The need to regulate cybercrime has attracted the attention of supranational institutions such as the European Union and the Council of Europe. As a result, the national legislators of several EU countries, such as Spain and Italy, have amended their criminal codes on several occasions to comply with the obligations of international conventions, framework decisions, and directives on cyber-attacks and cybercrime. However, the measures taken by the European legislator and, consequently, the national legislators that regulate cybercrime in their criminal codes (such as those of Spain and Italy), are not yet entirely in line with the characteristics of current cybercrime and the criminal phenomenon known as Cybercrime-as-a-Service. This paper analyses the evolution of criminal legislation against cybercrime and its jurisprudential application from a comparative perspective between Spain and Italy, with particular reference to computer fraud and the illicit use of means of payment, trying to offer hypothetical solutions to improve the legal framework against cybercrime, which affects more and more users and public entities every day.*

Palabras clave: ciberdelincuencia, reformas penales, fraude informático, medios de pago.

Keywords*: cybercrime, criminal law reforms, computer fraud, means of payment.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: LA CIBERDELINCUENCIA Y SU REGULACIÓN SUPRANACIONAL. 2. EL DELITO DE ESTAFA INFORMÁTICA EN ESPAÑA E ITALIA Y SUS MODIFICACIONES A LO LARGO DEL TIEMPO. 3. LA FALSIFICACIÓN Y UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE MEDIOS DE PAGO DISTINTOS DEL EFECTIVO. 4. LOS ACTOS PREPARATORIOS. 5. CONSIDERACIONES FINALES Y PERSPECTIVAS *DE LEGE FERENDA*. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: LA CIBERDELINCUENCIA Y SU REGULACIÓN SUPRANACIONAL

Hoy en día el uso masivo de dispositivos tecnológicos e Internet ofrecen numerosas ventajas a los ciudadanos y, por consiguiente, a la sociedad. Los nuevos medios de pago distintos del efectivo nos permiten realizar transacciones comerciales en cualquier parte del mundo y en un corto período de tiempo, pudiendo además rastrear en su caso el origen del dinero y país de procedencia.

No obstante, al mismo tiempo, las nuevas tecnologías son sumamente vulnerables a los ciberataques, que se están perfeccionando cada vez más. En el presente trabajo sólo se analizarán los dirigidos contra el patrimonio ajeno, que provocan pérdidas económicas significativas y constituyen una gran amenaza para la economía digital. Según las estadísticas más recientes, el 90,5% de las denuncias que se presentan en el

ámbito de la cibercriminalidad en España son por fraude informático[1]. Este dato por sí solo es suficiente para comprender la necesidad de adoptar medidas de Derecho penal eficaces y eficientes para proteger los medios de pago distintos del efectivo.

Existen muchos tipos de ciberataques. Uno de los más conocidos es el *phishing*: el ciberdelincuente utiliza el lenguaje, el formato y las imágenes de las entidades bancarias o financieras para enviar correos electrónicos o SMS engañosos en los que se solicitan los datos personales de las víctimas alegando diferentes motivos. Así, el ciberdelincuente utiliza sin autorización del usuario su la contraseña, realizando una transferencia no autorizada de dinero, en perjuicio del mismo[2]. Aunque conocido, aún tiene éxito, porque todavía no hay un sistema informático realmente eficaz que sea capaz de identificar con antelación y sin errores todos los mensajes engañosos[3].

Para enviar mensajes engañosos, los ciberdelincuentes utilizan también la técnica llamada *spoofing*, que permite suplantar la identidad de los remitentes ocultando el correo o el número de teléfono real y sustituyéndolo por el de un remitente de confianza[4]. Además, la inteligencia artificial permite la creación masiva de mensajes fraudulentos personalizados para la víctima, por ejemplo, cambiando el nombre del remitente mediante *spoofing*, de manera que la víctima crea que se trate de un remitente conocido, y enviando un mensaje falso con el texto muy parecido a los que la víctima realmente recibe del contacto en cuestión[5].

Existen muchas variantes del *phishing*, por ejemplo el *pharming*. En este caso el ciberdelincuente se apodera de la contraseña de su víctima a través de una página web engañosa que replica casi exactamente la página original de las entidades bancarias o financieras[6]. En el *phishing man-in-the-middle*, se produce una combinación de ataque directo e indirecto: el *phisher* intercepta los mensajes dirigidos a la página

---

1 Ministerio del Interior, *Informe sobre la cibercriminalidad en España 2023*, p. 18, (https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Informe-Cibercriminalidad_2023.pdf&ved=2ahUKEwic2uTzu_WJAxXA_rsIHRTLNxYQFnoECB8QAQ&usg=AOvVaw0_RJ5qH9zZAJY6Unw-EpU0, consulta: 29/11/2024).

2 GHAZI-TEHRANI, A./ PONTELL, H., "Phishing Evolves: Analyzing the Enduring Cybercrime", *Victims & Offenders*, vol. 16, n. 3, 2021, p. 319; RUTHERFORD, R., "The changing face of phishing", *Computer Fraud & Security*, n. 11, 2018, p. 6.

3 ALMOMANI, A./GUPTA, B.B./ATAWNEH, A./MEULENBERG, A./ALMOMANI, E., "A Survey of Phishing Email Filtering Techniques", *IEEE Communications Surveys & Tutorials*, Vol. 15, n. 4, 2013, p. 2070.

4 RAMESH BABU, P./LALITHA BHASKARI, D./SATYANARAYANA, CH., "A Comprehensive Analysis of Spoofing", *International Journal of Advanced Computer Science and Applications*, vol. 1, n. 6, 2010, p. 158.

5 CADWELL, M./ANDREWS, J.T.A./TANAY, T./GRIFFIN, L.D., "AI-enabled future crime", *Crime Science*, vol. 9, n. 14, 2020, p. 8.

6 AZEEZ, N.A./OLADELE, S.S./OLOGE, O., "Identification of Pharming in Communication Networks using Ensemble Learning", *Nigerian Journal of Technological Development*, vol. 19, n. 2, 2022, p. 172.

web elegida por cualquier usuario, guarda las informaciones que le interesan, luego retransmite los mensajes a la página web elegida por la víctima y, por último, reenvía las respuestas a la víctima[7]. En cambio, el *smishing* y el *vishing* son variantes del *phishing* cometidas a través de SMS o teléfono[8]. Los ciberdelincuentes también pueden utilizar el *spamming*, es decir, el envío no consentido de mensajes publicitarios por correo electrónico a una multitud de desconocidos: el falso mensaje publicitario puede contener un enlace que en realidad contiene un *malware* y que permite al cibercriminal de apoderarse de manera ilícita de los datos personales del usuario[9]. También se utilizan virus informáticos que capturan las pulsaciones del teclado en las páginas web como el *keylogger* o el *screenlogger*.

Tras la estafa, los ataques pueden ser también destructivos, provocando p. ej. denegación de servicios o bloqueo de datos. El más peligroso es el *ransomware*: en este caso, el cibercriminal bloquea el acceso al sistema informático o a los datos y amenaza en convertir el bloqueo en borrado, si en un plazo corto de tiempo no se paga un rescate[10].

Por lo tanto, el *phishing* y sus variantes consisten esencialmente en el "robo de datos" reservados por el usuario para un uso posterior no autorizado y perjudicial. La sustracción y la utilización de usuarios y contraseñas de acceso al sistema bancario o a otras instituciones suele ir seguida de la realización de un fraude informático y, por consiguiente, del perjuicio patrimonial de la víctima. Sin embargo, en los últimos años se ha consolidado el fenómeno delictivo denominado «*Cybercrime-as-a-Service*». Este consiste básicamente en el comercio, tanto en la web como en la "web profunda", de diferentes tipos de servicio y "paquetes de herramientas" para llevar a cabo ciberataques, que incluyen la creación de programas informáticos diseñados para cometer delitos y la venta de datos personales como usuarios y contraseñas o informaciones necesarias para realizar los ciberataques[11].

Hackers expertos, en lugar de llevar a cabo ellos mismos los ciberataques, ponen sus capacidades a disposición de terceros a título oneroso, a través de la creación y distribución de *malware* o *phishing kits* que otros pueden utilizar para lanzar ciberataques[12]. La oferta de servicios es muy amplia: el usuario puede limitarse a comprar números de tarjetas de crédito o identidades digitales ajenas para la

---

7 CAJANI, F./COSTABILE, G./MAZZARACO, G., *Phishing e furto d'identità digitale. Indagini informatiche e sicurezza bancaria*, Giuffré, Milano, 1° ed., 2008, p. 28 s.

8 *Ibid.*

9 ANARTE BORRALLO, E., "Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho Penal en la sociedad de la información", *Derecho y conocimiento. Anuario jurídico sobre la sociedad de la información*, 2001, vol. 1, p. 199.

10 DELGADO-MOHATAR, O./SIERRA-CÁMARA, J.M./ANGUIANO, E., "Blockchain-based semi-autonomous ransomware", *Future Generation Computer System*, vol. 112, 2020, p. 590; RYAN, M., *Ransomware Revolution: The Rise of a Prodigious Cyber Threat*, Spinger, Cham, 1° ed., 2021, p. 2.

11 MANKY, D., "Cybercrime as a service: a very modern business", *Computer Fraud & Security*, n. 6, 2013, p. 9.

12 GANGULI, P., "The Rise of Cybercrime-as-a-Service: Implications and Countermeasures", *International Journal for Multidisciplinary Research*, vol. 6, n. 5, 2024, p. 3.

utilización fraudulenta de medios de pago distintos del efectivo o puede adquirir una red *bootnet* completa, es decir, una red informática formada por dispositivos infectados con un *malware* especializado llamado *bot*, que puede tener diversas funciones, como el envío masivo de correos spam o la sobrecarga del servidor[13].

También forma parte de este fenómeno el *Obfuscation-as-a-Service*: en este caso, los ciberdelincuentes ofrecen a los usuarios, previo pago, la posibilidad de ocultar la función perjudicial del programa, para que el sistema antivirus no detecte el *malware*[14].El *Cybercrime-as-a-Service* permite obtener grandes ganancias con menos riesgos que los autores del fraude. En Italia recientemente ha causado un gran revuelo el caso de un joven experto informático de 24 años, arrestado en octubre tras años de investigación y acusado de haber ganado ilícitamente más de 7 millones de euro en bitcoin a través de la venta de credenciales y contraseñas obtenidas ilegalmente. En particular, el hacker accedió al sistema de información de la compañía de telecomunicaciones *Telecom Italia Mobile*, adquiriendo los datos de millones de usuarios y poniéndolos a la venta en la *dark web*[15].

El *Cybercrime-as-a-Service* ha cambiado significativamente la delincuencia informática. Hoy en día para cometer una ciberestafa u otro delito informático aún no es necesario poseer determinados conocimientos técnicos. Cualquier persona puede convertirse en cibercriminal, es suficiente que compre un virus informático diseñado por otros, los números de tarjetas de crédito que otros han sustraído o incluso toda la red de arranque infectada. El que desarrolla un virus, el que se apodera de los números de las tarjetas de crédito mediante *keylogger* y el que se limita a comprar un *phishing kit* para apoderarse del dinero de otras personas son todos cibercriminales, aunque las acciones que realizan no son las mismas. Por lo tanto, la persona que efectúa la transferencia de dinero no autorizada por el titular de la cuenta corriente o de la tarjeta de crédito, no es siempre la misma que ha sustraído los datos y las claves de la víctima de manera fraudulenta. A menudo, tanto los que diseñan o venden el programa maligno o los usuarios y contraseñas como los que los compran y utilizan en daño de otras personas, pertenecen a una organización o a un grupo criminal[16]. Tal vez se unen a un fin común, es decir, llevar a cabo un ciberataque contra un sistema informático determinado, tal vez ni siquiera se conocen entre sí y sólo uno de ellos es miembro de un grupo criminal.

---

13 WEBER, A., *Die Strafbarkeit von Plattformbetreibern im Darknet*, Nomos, Baden-Baden, 1° ed., 2022, p. 54.

14 ŠEMBERA, V./PAQUET-CLOUSTON, M./GARCIA, S./ERQUIAGA, M., "Cybercrime Specialization: An Expose of a Malicious Android Obfuscation-As-A-Service", *2021 IEEE European Symposium on Security and Privacy Workshops (EuroS&PW)*, 2021, p. 213.

15 (https://www.ilpost.it/2024/10/05/carmelo-miano-hacker-ministero-della-giustizia/, consulta: 29/11/2024).

16 RUTGER LEUKFELDT, E./LAVORGNA, A./KLEEMANS, E.R., "Organised Cybercrime or Cybercrime that is Organised? An Assessment of the Conceptualisation of Financial Cybercrime as Organised Crime", *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 23, n. 3, 2016, p. 291.

Los grupos criminales que se dedican específicamente a la comisión de delitos cibernéticos no tienen una jerarquía estricta, sino divisiones por tareas. En este sentido, se distingue entre miembros principales (*core members*), facilitadores (*enablers*) y muleros (*money mule*): los primeros son los que organizan y coordinan los ciberataques contra instituciones; los facilitadores son los que facilitan a los miembros principales proporcionándoles malware, contraseñas u otras herramientas útiles para llevar a cabo el ciberataque, mientras que los muleros son los que se encargan de ocultar el origen ilícito del dinero o los bienes sustraídos ilegalmente por los miembros principales[17]. A veces algunos miembros de estos grupos pertenecen también a organizaciones criminales tradicionales, que quieren participar en nuevos y lucrativos tráficos ilícitos[18].

La necesidad de la regulación de la ciberdelincuencia ha llamado la atención de diferentes instituciones supranacionales, concretamente, de la Unión Europea y del Consejo de Europa.

El ciberespacio no ocupa un determinado lugar físico o geográfico y tiene naturaleza transfronteriza, así que, para una lucha eficaz contra el cibercrimen, es necesario que los diferentes países lleguen a un enfoque común respecto a los elementos constitutivos de las infracciones penales.

Por consiguiente, es fundamental el Convenio sobre el Cibercrimen, suscrito en Budapest el 23 de noviembre de 2001, que recomienda explícitamente el castigo de algunos delitos cometidos en el ciberespacio, como el acceso ilícito, la interceptación ilícita, los ataques a la integridad de los datos y a la integridad del sistema y el fraude informático. Esta lista de delitos coincide en gran parte con las directrices establecidas en la Recomendación R (89)9, adoptada por el Consejo de Europa el 13 de septiembre de 1989, la primera relativa en concreto a la criminalidad informática. Los principales objetivos del Convenio son armonizar los elementos de los delitos informáticos de cada país, establecer los poderes necesarios para la investigación y el procesamiento de dichos delitos y establecer un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional en dicha materia[19]. El Convenio ha sido suscrito por la Unión Europea y ratificado por todos sus Estados miembros.

La Unión Europea ha elaborado una política penal común encaminada a proteger a la sociedad frente a la ciberdelincuencia. En particular, ha promulgado la Directiva (UE) 2013/40 relativa a los ataques contra los sistemas de información y la Directiva (UE) 2019/713 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. La primera garantiza que los ataques contra los sistemas de información sean castigados penalmente en todos los Estados miembros, mientras que la segunda

17 *Ibid*.

18 EUCPN, *Cyber-OC-Scope and manifestation in selected EU member states*, BKA, Wiesbaden, 2016, p. 223.

19 MIQUELON-WEISSMAN, M., "The Convention on Cybercrime: A Harmonized Implementation of International Penal Law: What Prospects for Procedural Due Process?", *UIC John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, vol. 23, 2005, n. 2, p. 330.

establece medidas de derecho penal para proteger los medios de pago distintos del efectivo contra el fraude y la falsificación. Se trata de materias estrechamente relacionadas, porque el fraude informático presupone un ataque previo contra el sistema informático. Ambas sustituyen previas decisiones marco, con el objetivo de efectuar los cambios necesarios para adaptar las normas a los avances tecnológicos. Sin embargo, como se examinará más adelante, a pesar de ser bastante recientes, no han tenido debidamente en cuenta los complejos aspectos criminológicos de la ciberdelincuencia y no siempre están al día de las últimas tendencias delictivas, que han tenido un desarrollo muy rápido, especialmente con el fenómeno del *Cybercrime-as-a-Service*.

2. EL DELITO DE ESTAFA INFORMÁTICA EN ESPAÑA E ITALIA Y SUS MODIFICACIONES A LO LARGO DEL TIEMPO

Como se observa, las iniciativas supranacionales en este ámbito han sido varias y los legisladores nacionales de diversos Países de la UE han tenido varias veces que modificar sus propios códigos penales para cumplir con las obligaciones de los diferentes convenios internacionales, las decisiones marco y las Directivas relativas a los ataques informáticos y al cibercrimen.

Dado que las iniciativas supranacionales se refieren a varios países, resulta útil hacer un análisis comparativo, para ver cómo diferentes países han adaptado su legislación y también para comprobar si las medidas nacionales adoptadas para transponer la directiva consiguieron el objetivo de las Directivas, o sea aproximar las diferentes legislaciones penales en relación con los ciberdelitos. Para este tipo de análisis se eligieron cuales ejemplos paradigmáticos España e Italia, dos países con un rendimiento digital muy diferente[20] y que, a pesar de muchas similitudes, presentan diferencias significativas en algunos institutos de la parte general del derecho penal (p. ej., la disciplina de los actos preparatorios o de autoría y participación en el delito), aspecto que también se refleja en la estructura de los distintos delitos. Sin embargo, a diferencia de otros países europeos, tanto el Código Penal italiano como el español regulan expresamente el concurso de leyes, aunque de forma diferente, aspecto que es muy significativo para este análisis, porque, como se analizará a continuación, los hechos que forman parte de un ciberataque contra el patrimonio son incluibles en varios preceptos penales.

20 En la edición de 2022 del Índice de Digitalización de la Economía y la Sociedad (DESI) calculado por la Comisión Europea, Italia ocupa el puesto 18 de 27 países, con avances significativos en los últimos cinco años, pero aún por debajo de la media europea. De lo contrario, España ocupa el puesto número 7 de los 27 Estados miembros de la UE y es uno de los países de la UE que mejores resultados obtiene. Véase el *Índice de la Economía y la Sociedad Digitales (DESI) 2022* (https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/desi, consulta: 29/11/2024).

El análisis se centrará en los delitos contemplados en la Directiva (UE) 2019/713 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, es decir, el fraude informático y la falsificación y utilización ilícito de dichos medios, que, como se ha señalado anteriormente[21], estadísticamente son los más numerosos entre los ciberdelitos denunciados.

El primero es el delito de estafa informática, que el legislador español introdujo en Código Penal de 1995 en el mismo artículo de la estafa tradicional y modificó en distintas ocasiones, en el 2004, 2010 y en 2022, por medio de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de Directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Esta última ley ha transpuesto la citada la Directiva (UE) 2019/713 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo.

A partir de la reforma de 2022, el artículo 248 CP queda circunscrito al delito genérico de estafa, mientras que el reformado artículo 249 CP sanciona las manipulaciones informáticas, los actos preparatorios a la ciberestafa, la utilización fraudulenta de cualquier medio de pago distinto del efectivo y la sustracción, apropiación o adquisición de forma ilícita con finalidad de utilización fraudulenta de cualquier medio de pago distinto del efectivo.

Así que hoy, igual que en Italia, donde se regula *la frode informatica* en el art. 640-*ter* del *Codice penale*, la estafa por medios informáticos está situada en un precepto independiente, aunque conectado con la estafa[22]. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en Italia, el nuevo artículo 249 CP español no castiga únicamente la estafa cometida por medios informáticos. En este se describen hasta cinco conductas distintas relacionadas con los fraudes informáticos y el uso de los nuevos medios de pago.

Los elementos estructurales del delito de estafa informática son bastante similares en los dos países[23]: ambos son delitos contra el patrimonio y delitos de resultado[24].

---

21 Véase la nota 1.

22 Sigue siendo la fórmula «*también se consideran reos de estafa*».

23 Para profundizar, véase GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., "El fraude informático en España e Italia. Tratamiento jurídico-penal y criminológico", *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, 2008, p. 290 y ss.

24 GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 C.P.*, Tirant lo blanch, Valencia, 1ª ed., 2005, p. 269 e 282; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 1ª ed., 2002, p. 35; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial*, en DE LA MATA BARRANCO, N.J.,/DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A./NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 1ª ed., 2018, p. 231; ANARTE BORRALLO, E., "Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal", cit., p. 236; MANNA, A., "Artifici e raggiri on-line: la truffa contrattuale, il falso informatico e l'abuso dei mezzi di pagamento elettronici", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 6, 2002, p. 965; MINICUCCI, G., *Le frodi informatiche*, en *Cybercrime* (dir. Cadoppi, A./ Canestrari, S./Manna,

Pero el art. 249 CP español hace referencia a la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial, diferente del "acto de disposición" previsto por la estafa tradicional, mientras que en el art. 640-*ter* CP italiano se castiga la realización del provecho con daño para otro, igual que en la estafa. No tienen ni el elemento del engaño, ni del error, ambos elementos que no pueden predicarse respecto a un medio digital.

El objeto de delito es muy parecido: en España es el "sistema de información", mientras que en Italia se trata de "*un sistema informático o telemático*". Según la jurisprudencia de la *Cassazione*, equivalente al Tribunal Supremo, un sistema informático puede ser cualquier aparato, como el simple ordenador personal o el móvil[25].

En ambos casos, el elemento subjetivo se concreta en el dolo, pero el artículo 249 CP español requiere también el ánimo de lucro, que supone la intención de enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la víctima[26].

Por otro lado, las conductas castigadas son diferentes y, paradójicamente, esta diferencia se puso de manifiesto al aplicar la mencionada Directiva sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. Con la última reforma de 2022 el legislador español amplió las conductas típicas del delito de ciberestafa. A la manipulación informática y al uso de otro "artificio semejante" se han añadido la obstaculización, la interferencia indebida en el funcionamiento de un sistema de introducción, y la introducción, alteración, borrado, transmisión o supresión indebida de datos informáticos. Estas conductas son las mismas mencionadas en el artículo 6 de la citada Directiva (UE) 2019/713 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago. No obstante, se señala que el artículo 249 CP es muy similar al artículo 3 de la previa Decisión Marco, donde ya figuraba una lista de conductas típicas del fraude informático. Pero, al aplicar la Decisión Marco, el legislador español no consideró necesario modificar el delito de fraude informático añadiendo las conductas previstas en la lista. Por lo tanto, no está clara la razón por la que esta vez decidió actuar así, incluso teniendo en cuenta que la conducta de manipulación informática ya es muy amplia. Efectivamente, según la jurisprudencia y la doctrina española, la manipulación informática es cualquier alteración o modificación de los datos[27] y también se configura cuando el autor

A./Papa, M.), Utet, Milano, 2ª ed., 2023, p. 903; PICA, G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Utet, Torino, 1ª ed., 1999, p. 141.

25 Cass. pen., Sección 4.ª, 4 de octubre de 1999, n. 3065.

26 STS, Sección 1.ª, 2 de abril de 1998.

27 ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, 1ª ed., 1987, p. 47; MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid, 1ª ed., 2001, p. 48.; GALÁN MUÑOZ, A., *Los ciberdelitos en el ordenamiento español*, UOC, Barcelona, 1ª ed., 2019, p. 144; MIRÓ LLINARES, F., "La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del phishing", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15-12, 2013, p. 12:14. Según FARALDO CABANA, P., *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Tirant lo blanch, Valencia, 1ª ed., 2009, p. 89, la manipulación

modifica materialmente el programa informático indebidamente o lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber[28]. Y la referencia al "artificio semejante" es una cláusula general para permitir una rápida adaptación de la norma a las nuevas realidades[29]. Así que las conductas de obstaculización, interferencia indebida en el funcionamiento, introducción, alteración, borrado, transmisión o supresión indebida de datos informáticos ya entraban en el ámbito de la estafa informática. Por este motivo, se está de acuerdo con aquellos autores que valoran negativamente este cambio[30], porque no sólo no aporta nada nuevo al tipo, sino que es superabundante y potencialmente engañoso.

Al contrario, el legislador italiano nunca ha modificado los elementos estructurales del fraude informático, que ha permanecido idéntico desde su introducción por la Ley 23 de diciembre 1993, n. 57. Las conductas típicas siguen siendo únicamente la alteración en cualquier modo del funcionamiento de un sistema informático o telemático y la intervención sobre los datos sin derecho. Se trata de una terminología amplia, según la cláusula general "en cualquier modo", que incluye la obstaculización, la interferencia indebida en el funcionamiento, la introducción, la alteración, el borrado, la transmisión o supresión indebida de datos informáticos[31]. Ambas pueden darse sobre el *hardware* o sobre el *software*. Por este motivo, el legislador italiano no consideró necesario modificarlas, tampoco con motivo de la transposición de la citada Directiva (UE) 2019/713.

Con el tiempo, se han añadido diferentes circunstancias agravantes del fraude informático, también con la transposición de la citada Directiva. Estas circunstancias tienen una influencia muy significativa, porque las agravaciones previstas se aplican en un número muy elevado de casos. Aparte de las que ya existían en 1993, pero que no tuvieron mucho éxito y se aplicaron en un número muy reducido de casos, la primera fue añadida con la Ley del 15 de octubre de 2013, n. 119. Esta circunstancia agravante castiga el fraude informático cometido mediante el «*robo o uso indebido de la identidad digital en perjuicio de una o más personas*». La intención del legislador era sancionar de manera más grave el fraude informático cometido a través del *phishing*. Pero la solución adoptada ha sido muy insatisfactoria, porque el legislador decidió intencionadamente no dar ninguna definición ni de "robo o uso indebido

informática coincide con la conducta descrita en el artículo 3 de la Decisión Marco 2001/413/JAI, así que «*debe entenderse que constituye manipulación informática la introducción, alteración, borrado o supresión indebidos de datos informáticos, especialmente datos de identidad, y la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informático*». En jurisprudencia véase las SSTS Sección 1.ª, 20 de noviembre de 2001; 20 de junio de 2006.

28 STS Sección 1.ª, 21 de diciembre de 2004.

29 MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática*, cit., p. 48.

30 BUSTOS RUBIO, M., "La reforma de la ciberestafa y la incorporación de los medios de pago digitales en el Código Penal", *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2023, n. 38, p. 6 (https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n38-bustos, consulta: 29/11/2024).

31 PECORELLA, C., *Il diritto penale dell'informatica*, Cedam, Padova, 2ª ed., 2006, p. 82.

de la identidad digital", ni de "identidad digital". Así que la conducta típica descrita en este apartado ha sido criticada por su vaguedad[32]. Doctrinalmente la identidad digital se define como el usuario y la contraseña que se utilizan en una cualquier página web[33]. Pero así las conductas de robo y de uso indebido de usuarios y contraseñas sancionadas por el art. 640-*ter* co. 3 CP, coinciden con las ya castigadas por los delitos contra la intimidad informática, en particular el artículo 615-*ter* CP, que sanciona el acceso ilegal a un sistema informático o telemático, o el artículo 615-*quater* CP, que sanciona la posesión, difusión e instalación no autorizada de equipos, códigos y otros medios de acceso al sistema informáticos o telemático[34]. Por lo tanto, en vez de facilitar el trabajo, hay que resolver la problemática que suscita la concurrencia de varias disposiciones penales aparentemente aplicables a un mismo hecho, operación que en el ordenamiento italiano no es nada fácil y que, en la mayoría de los ciberdelitos, implica la aplicación de dos o más delitos, con consiguiente vulneración del principio *ne bis in idem*[35]. Cabe señalar también que, en casi todas las estafas informáticas, el cibercriminal, para realizar la transferencia del dinero, necesita la contraseña o el número de tarjeta de crédito y, por lo tanto, la agravación acaba siendo siempre aplicable, que se traduce en un aumento significativo de la pena del fraude informático.

Otra circunstancia agravante fue añadida con el *Decreto legislativo* 8 de noviembre de 2021, n. 184, de transposición de la citada Directiva (UE) 713/2019. Así que hoy

---

32 MALGIERI, G., "La nuova fattispecie di "indebito utilizzo d'identità digitale": un problema interpretativo", *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale,* 2015, n. 2, p. 144 (https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/it/archivio, consulta: 29/11/2024).

33 MARGIOCCO, M., *Frode informatica*, en *Diritto dell'informatica* (dir. Finocchiaro, G./ Delfini, F.), Utet, Torino, 2014, p. 1110; FLOR, R., *La legge penale nello spazio, fra evoluzione tecnologica e difficoltà applicative*, en *Cybercrime* (dir. Cadoppi, A./Canestrari, S./Manna, A./ Papa, M.), Utet, Milano, 2ª ed., 2023, p. 183. Véase también Cass. pen., Sección 2.ª, 13 de marzo de 2024, n. 13559 y 8 de septiembre de 2023, n. 38027.

34 Con más profundidad, sobre los delitos contra la intimidad informática en el Código penal italiano, reformados por la Ley 23 de diciembre de 2021, n. 238, véase, en la doctrina, SALVADORI, I., *I reati contro la riservatezza informatica*, en *Cybercrime* (dir. Cadoppi, A./Canestrari, S./Manna, A./ Papa, M.), Utet, Milano, 2ª ed., 2023, p. 693 y ss.

35 Entre los principios de solución del concurso de leyes, el Código penal italiano ha acogido expresamente el solo principio de especialidad. Por lo tanto, es muy controvertido si, cuando hecho normalmente que acompaña a otro, como en el caso del fraude informático y del acceso al sistema informático, pueda aplicarse el principio de consunción. La jurisprudencia mayoritaria lo excluye y afirma que en esos casos hay concurso real de delitos. También hay que considerar que en el ordenamiento penal italiano no existe el concurso medial y cuando una infracción es medio necesario para cometer otra se trata simplemente de concurso real. Para profundizar el tema, véase FROSALI, R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Giuffré, Milano, 1ª ed., 1971, p. 501; MANTOVANI, F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 2ª ed., 1966, p. 178; ANTOLISEI, F., "Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme", *Giustizia penale*, vol. II, 1942, p. 209; DELITALA, G., "Concorso di norme e concorso di reati", *Scritti di diritto penale*, Giuffré, Milano, 1976, p. 487 y ss.; PAGLIARO, A., "Concorso di norme", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, Giuffré, Milano, 1961, p. 545 y ss.; CONTI, L., "Concorso apparente di norme", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Utet, Torino, 1958, p. 1007 ss.; Véase también Cass. pen., Sezioni Unite, 23 de febrero de 2017, n. 20664; Cass. pen., Sezioni Unite, 22 de junio de 2017, n. 41588.

en el art. 640-*ter* párrafo dos se hace una específica mención a la agravación en el caso de que «*el hecho produzca una transferencia de dinero, de valor monetario o de moneda virtual*». Como se observa, esta circunstancia, cuya formulación encaja con lo dispuesto en el art. 6 de la Directiva (UE) 713/2019, coincide casi perfectamente con el daño de la estafa informática española, que requiere que el perjuicio patrimonial sea causado por la transferencia no consentida de un valor patrimonial activo, excepto por la referencia a la moneda virtual. Dado que, como se ha señalado, el fraude informático italiano tiene una estructura similar a la de la estafa informática española, es evidente que esta circunstancia agravante coincide con el elemento estructural del resultado del delito de fraude informático. De hecho, es difícil siquiera imaginar que a través de una manipulación informática cometida con el fin de realizar una estafa informática se pueda producir un daño patrimonial que no implique también una transferencia de dinero o de un valor patrimonial. Tampoco la referencia a la moneda virtual aporta nada nuevo al tipo, porque, a pesar de no ser clasificable como dinero[36], el hecho de que pueda intercambiarse por este último la hace comparable a un valor patrimonial[37]. Sin embargo, esta circunstancia se aplica en todos los casos de fraude informático, con la consecuencia de que la pena es considerablemente mayor. Tampoco este cambio se puede valorar positivamente y resulta evidente que la transposición de la Directiva no ha sido satisfactoria en ninguno de los dos países. Además, curiosamente, en lugar de ser una oportunidad para alinear la legislación en este ámbito, ha sido una ocasión en la que los Estados miembros han adoptado diferentes "soluciones creativas", lo cual va en contra del objetivo perseguido por la Directiva misma.

Como se ha señalado, el artículo 249 CP español, en su apartado n. 2, sanciona también los actos preparatorios. Este párrafo fue introducido por primera vez por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el art. 248.2 b) CP y se castigaba la fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos específicamente destinados a la comisión de estafas previstas en el presente artículo. Con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, este precepto fue ampliado y hoy castiga «*los que fabricaren, importaren, obtuvieren, poseyeren, transportaren, comerciaren o de otro modo facilitaren a terceros dispositivos, instrumentos o datos o programas informáticos, o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de las estafas previstas en este artículo*». A las conductas típicas han sido añadidas la importación, la obtención, el transporte, el comercio y la facilitación a terceros en cualquier modo. Tras la reforma, los dispositivos, instrumentos, datos o programas deben ser designados o específicamente adaptados a la comisión de la estafa informática. De esta manera, queda claro que este requisito

36 European Central Bank, *Virtual currency schemes – A further analysis*, 2015, p. 23, (https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf&ved=2ahUKEwj_r8XXsrKFAxVPoAIHHRUoDqMQFnoECBEQAQ&usg=AOvVaw0p6cPAbokB8OTj1tbAWitz, consulta: 29/11/2024).

37 La Directiva misma en el Considerando n. 10 precisa que «*debe aplicarse a las monedas virtuales solo en la medida en que puedan usarse de manera habitual para efectuar pagos*».

debe entenderse no sólo como una idoneidad objetiva para cometerlas, sino también como una orientación subjetiva: el sujeto debe fabricarlos, poseerlos, etc. a sabiendas de que serán empleados para la comisión de estafas[38].

Estos actos preparatorios se castigan con la misma pena que la estafa consumada, lo cual ha sido muy criticado porque implica la vulneración del principio de proporcionalidad[39].

Al contrario, en Italia no se castigan expresamente los actos preparatorios del delito de fraude informático. Esto porque no hay el principio de impunidad y tal vez estos actos pueden ser castigados como tentativa, cuya formulación es mucho más amplia[40]. Además, en esos casos casi siempre se configuran también los delitos contra la intimidad informática, como el mencionado artículo 615-*quater* CP, recién modificado por la Ley 28 de junio de 2024, n. 90, que sanciona la posesión, la difusión e la instalación no autorizada de equipos, códigos y otros medios de acceso al sistema informáticos o telemático o el artículo 617-*quater* CP, también recién modificado por la misma Ley n. 28/2024, que castiga la interceptación de comunicaciones entre sistemas informáticos. En este caso se configura el concurso real de delitos entre estos delitos contra la intimidad informática y el fraude informático, porque los bienes jurídicos protegidos son diferentes y se consuman en momentos diferentes[41]. Por tanto, parece correcta la decisión de no sancionar de manera autónoma los actos preparatorios de los fraudes informáticos, ya que se trata de conductas que ya están sancionadas de manera autónoma en otros preceptos.

Este solapamiento entre los delitos contra los sistemas de información y las fraudes y falsificaciones de medios de pago distintos del efectivo, se verifica en el ordenamiento español también. Efectivamente, para conseguir la transferencia de dinero electrónico e, incluso antes, obtener o poseer datos o programas informáticos necesarios para realizarla, antes hay que interceptar la transmisión de los datos,

---

38 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial*, cit., p. 231. Con más profundidad sobre este requisito y en general el tema de los *dual-use software* véase SALVADORI, I., "Criminalità informatica e tecniche di anticipazione della tutela penale. L'incriminazione dei "dual-use software"", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2017, p. 747 y ss.

39 FARALDO CABANA, P., *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, cit., p. 111; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial*, cit., p. 231; CRUZ DE PABLO, J.A., *Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos. Adaptado a la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 15/2003 de 25 noviembre, especial referencia al nuevo artículo 286 CP*, Grupo difusión, Madrid, 2006, p. 46. Según MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 25ª ed., 2023, p. 457 «*La razón de esta equiparación punitiva se debe a la importancia que tienen actualmente los dispositivos, instrumentos, datos y programas informáticos en el tráfico económico en general y a que de este modo se le otorga una protección especial reforzada al sistema informático como bien jurídico colectivo*».

40 SEMINARA, S., *Il delitto tentato*, Giuffré, Milano, 1ª ed., 2012; GIACONA, I., *Il concetto d'idoneità della struttura del delitto tentato*, Giappichelli, Torino, 1ª ed., 2000, p. 6 y ss.

41 Véase Cass. pen., Sección 5.ª, 19 de febrero de 2020, n. 17360. De la misma opinión Cass. pen., Sección 2.ª, 29 de mayo de 2019, n. 26604; Cass. pen., Sección 5.ª, 30 de septiembre de 2009, n. 1727; Cass. pen., Sección 5.ª, 19 de diciembre de 2003, n. 2672.

conducta sancionada por el artículo 197 *bis*.2 CP, u obtener las contraseñas, los códigos de acceso o datos similares que permitan el acceso a la aplicación móvil del banco, conducta castigada por el artículo 197-*ter* CP. Esto se debe a la falta de coordinación entre las diferentes Directivas y, por consiguiente, las normas nacionales, que regulan ámbitos estrechamente relacionados, en particular la mencionada Directiva sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y la Directiva (UE) 2013/40 relativa a los ataques contra los sistemas de información. Este problema no se ha considerado mucho, pero es relevante. La obtención de números y claves de las tarjetas de crédito o del usuario y contraseña mediante las mencionadas técnicas del *keylogger*, *phishing*, *skimming*, *smishing* o *pharming* no sólo constituye un acto preparatorio del fraude informático, sino también un delito informático vinculados a la tutela de la confidencialidad de datos y sistemas, es decir el artículo 197 ter CP. Por lo tanto, hay que resolver la problemática que suscita la concurrencia de varias disposiciones penales, operación que ni en Italia ni en España resulta fácil, ya que hay muy pocas cláusulas de subsidiariedad expresa y en muchos casos las penas son idénticas. Por lo tanto, existe el riesgo que se generen situaciones de vulneración del principio *ne bis in idem*, dado que el mismo hecho es castigado por varias normas.

3. LA FALSIFICACIÓN Y UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE MEDIOS DE PAGO DISTINTOS DEL EFECTIVO

La falsificación y la utilización fraudulenta de medios de pago distintos del efectivo son otras disposiciones que han sido modificadas para su adaptación a los avances tecnológicos y el cumplimiento de las obligaciones de la mencionada Directiva (UE) 713/2019.

Tanto en España como en Italia se sancionan estas conductas ilícitas, pero de manera diferente.

Como se ha señalado en el párrafo anterior, el legislador español sanciona el uso indebido de tarjetas, cheques y otros medios de pago distintos del efectivo en el mismo precepto de la estafa informática, en el recién modificado art. 249.1 b) CP. En particular, se castiga la utilización de forma fraudulenta de los medios de pago material o inmaterial distinto del efectivo «*o los datos obrantes en cualquiera de ellos*». Al contrario, la falsificación de instrumentos de pago es castigada por un precepto independiente, es decir, el artículo 399 *bis* CP. En este delito las conductas castigadas son la alteración, la copia, la reproducción y la falsificación "de otro modo" de los instrumentos de pago distintos al efectivo. Ambas fueron introducidas por la reforma del Código penal operada por la 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, y han sido modificadas por la mencionada Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre.

Al contrario, en Italia la falsificación y el uso indebido de instrumentos de pago son dos delitos distintos que concurren entre ellos, pero castigados por el mismo artículo 493-*ter* CP, titulado «*Indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento diversi dai contanti*» y que se encuentra en el título del Código penal dedicados a las falsificaciones. Esto tiene consecuencias. Dado que el art. 493-*ter* CP se sitúa entre los delitos de falsificación, el bien jurídico protegido no es el patrimonio, sino la fe pública[42]. Esto significa que el consentimiento del titular del medio de pago no excluye la responsabilidad penal, porque la disposición protege algo diferente del patrimonio individual, es decir, un interés supraindividual en el desarrollo adecuado y seguro de la actividad financiera mediante sustitutos del efectivo[43]. Así que el artículo 493-*ter* CP italiano castiga también los que utilicen el instrumento de pago de otra persona con su consentimiento.

La solución adoptada por el legislador español parece más adecuada, porque evita una criminalización excesiva. Efectivamente, si se toma como ejemplo el caso de una persona mayor que entrega la tarjeta a un familiar para que retire una determinada cantidad de dinero o efectúe una determinada operación de pago, no se ve cómo esta conducta pueda dañar "el desarrollo adecuado y seguro de la actividad financiera", dado que la tarjeta se utiliza con el consentimiento del titular y dentro de los límites de disponibilidad, sin ser alterada de ninguna manera.

Todos los artículos mencionados, tanto en España como en Italia, han sido modificados para transponer la citada Directiva sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago. Los cambios fueron similares, porque ambos legisladores tipificaron los medios de pago distintos del efectivo en el seno de estos delitos. Hoy en día, en ambos países, objeto de los delitos de falsificación y utilización fraudulenta de medios de pago distintos del efectivo son todos los instrumentos de pago, materiales o inmateriales, distintos del efectivo.

Por supuesto la elección del legislador español e italiano de transponer los artículos 4 y 5 de la mencionada Directiva, que se refieren a las infracciones relacionadas con la utilización fraudulenta de instrumentos de pago materiales (art. 4) e inmateriales (art. 5) distintos del efectivo, se ajusta a las disposiciones de la misma y tiene debidamente en cuenta el crecimiento exponencial de la economía y de los servicios digitales, que en los últimos tiempos ha determinado una proliferación de nuevos instrumentos de pago muy diferentes a las tradicionales tarjetas de crédito y cheques[44]. No obstante, plantea un problema importante, es decir, la dificultad de

42 PICOTTI, L., "Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati", en *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, (dir. Picotti, L.), Cedam, Padova, 1ª ed., 2004, p. 56 y 57.

43 Cass. pen., Sección 2.ª, 16 de febrero de 2021, n. 18609 de 2021; Sección 2.ª, 17 de septiembre de 2020; Sección 1.ª, 19 de febrero de 2004, n. 11023.

44 PRIETO DEL PINO, A.M., "Criminal offences against property and against the social-economic order in Spain: a global overview and a detailed approach to some particularly relevant issues", *Philia journal of Judicial Studies*, vol. 1, 2022, p. 95, lamentaba la obsolescencia de la referencia a los cheques

distinguir claramente cuándo se comete el delito de fraude informático y cuándo, en cambio, se trata de falsificación o uso indebido de instrumentos de pago distintos del efectivo. La cuestión es muy relevante, porque las penas de los diferentes artículos no son iguales. Un caso paradigmático es el del *pharming*: aquí el ciberdelincuente, para apropiarse del dinero del titular de la cuenta, antes tiene que falsificar la página web o la aplicación móvil del banco. Como la aplicación móvil y la página *web* del banco pueden ser incluidos entre los medios de pago inmateriales distintos del efectivo[45], en ambos los países examinados se plantea el problema de establecer si se trata de estafa informática o de falsificación de medios de pago, porque la conducta corresponde a la falsificación, pero también constituye una manipulación informática o una alteración del sistema informático.

Es evidente que existe un solapamiento entre el fraude informático y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, que se hizo aún más problemático con la transposición de la citada Directiva. Esto ocurrió porque la Directiva misma no se preocupó de distinguir de forma eficaz entre los dos delitos.

Con respeto a la legislación italiana, cuando se produce una transferencia no consentida de dinero, como no hay especialidad entre los preceptos de fraude informático y falsificación de medios de pago distintos del efectivo (mientras que sí hay especialidad entre el fraude informático y el delito de utilización fraudulenta de dichos medios[46]), hay que afirmar que existe concurso de delitos, con aplicación del tratamiento del delito continuado[47]. Pero esta solución no es nada satisfactoria, porque las penas para los dos delitos son muy elevadas y hay una vulneración del principio *ne bis in idem*. Otra solución podría ser aplicar sólo el artículo 493-*ter* CP cuando no hay el perjuicio patrimonial y, en caso contrario, considerar el fraude informático agravado por el robo de identidad digital y por la transferencia del valor patrimonial como *reato complesso*, aplicando únicamente el artículo 640-*ter* párrafo 2 y 3 CP[48]. Sin embargo, esta solución acaba en la abrogación tácita de una parte de

de viaje en el CP español, debida a una tardía transposición de la Decisión Marco 2001/413/JAI.

45 Cuya definición, en virtud del artículo 2, a) de la Directiva (UE) 2019/713, es la siguiente: «*un dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio*». De la misma opinión ABADÍAS SELMA, A., "La nueva regulación del delito de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo al albur de la reforma de 22 de diciembre de 2022: un análisis del art. 249.1. b) y 249.2 b) del CP", *Estudios de Deusto*, Vol. 71, n. 1, 2023, p. 30.

46 Cass. pen., Sección 2.ª, 15 de abril de 2011, n. 17748; Sección 2.ª, 13 octubre de 2015, n. 50140.

47 A diferencia de su homólogo español, el *reato continuato* italiano no supone la unidad del hecho, sino el concurso real de delitos y sirve únicamente para dispensar un trato más favorable que el correspondiente al concurso real. La pena correspondiente será la señalada para la infracción más grave, aumentada hasta tres veces. Para profundizar véase AMBROSETTI, E.M., *Problemi attuali in tema di reato continuato. Dalla novella del 1974 al nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1ª ed., 1991; ZAGREBELSKY, V., *Reato continuato*, Giuffré, Milano, 2ª ed., 1976.

48 El art. 84 Código penal italiano establece que no hay concurso de delitos, sino un solo delito cuando «*la ley considera como elementos constitutivos, o como circunstancias agravantes de un mismo delito,*

la reforma del mencionado *Decreto legislativo* n. 184/2021, porque el articulo 493-*ter* CP acaba aplicándose sólo a los instrumentos de pago materiales, exactamente igual que antes de la reforma. Pero en la actualidad parece ser la solución más correcta para evitar el *ne bis in idem*.

El mismo problema se plantea en la legislación española. El Tribunal Supremo, a excepción del caso del art. 399 *ter*.3 CP[49], excluye que la sanción por el delito de falsificación de tarjetas de crédito pueda absorber el desvalor jurídico penal que se deriva de su uso posterior. Por lo tanto, no hay concurso de leyes entre el delito de falsedad de tarjetas de crédito y el delito de estafa, sino concurso medial, dado que la falsificación es un medio para cometer la estafa[50]. Si este principio se aplicaba a las tarjetas de crédito, más aún se aplica ahora a los nuevos instrumentos de pago inmateriales. En este caso, el tratamiento es más benévolo que lo del concurso real, pero tampoco es una solución muy satisfactoria. Otra solución podría ser la aplicación del principio de alternatividad, que conduciría a la aplicación del precepto penal más grave, es decir, el delito de falsificación de los medios de pago distintos del efectivo[51].

Sin embargo, cabe señalar que, como se ha examinado anteriormente, en el *phishing* clásico no hay alteración o falsificación del medio de pago, sino su utilización ilícita. Por lo tanto, conforme a las soluciones mencionadas, en el caso del *phishing* el ciberdelincuente será castigado por la menos grave estafa informática, mientras que en el caso del *pharming* por la más grave falsificación de medios de pago o, en el caso del concurso medial, con una pena más grave. Por lo tanto, estas soluciones no parecen correctas, dado que no hay razón criminológica para castigar el *pharming* más severamente que el *phishing*, tratándose del mismo fenómeno delictivo. Efectivamente, el objetivo de estas tipologías de ciberataques es la realización de una transferencia no consentida de un valor patrimonial. Sólo la estafa informática exige, además de la conducta de alteración o manipulación, la realización del resultado. Así que se puede considerar como presupuesto adicional y el art. 249 CP el precepto especial aplicable. Esta solución resolvería el problema señalado anteriormente, pero aún no goza del favor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

hechos que, por sí solos, constituirían un delito».

49 «*El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo falsificados, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años*».

50 SSTS Sección 1.ª, 23 de abril de 2014; 17 de junio de 2013.

51 Con más profundidad, sobre los principios de solución del concurso de leyes, en particular el principio de alternatividad, véase, en la doctrina, CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, Editorial Comares, Granada, 1ª ed., 2000, p. 115 y ss.; GARCÍA ALBERO, R.M., *"Non bis in Idem" material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1ª ed., 1995, p. 321 y ss.; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 11ª ed., 2022, p. 440; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 10ª ed., 2015, p. 687.

4. LOS ACTOS PREPARATORIOS

Los cambios también afectaron a los actos preparatorios. En el ordenamiento español los actos preparatorios de la falsificación de los medios de pagos distintos al efectivo se castigan en el artículo 400 CP. En este caso, las conductas sancionadas (fabricación, recepción, obtención, tenencia, distribución, puesta a disposición o comercialización de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de la falsificación de los medios de pago) son casi idénticas a las mencionadas en el artículo 7 de la Directiva (UE) 2019/713. Incluso aquí los actos preparatorios se castigan con la misma pena señalada para el delito consumado[52]. Por otra parte, en lo que respecta a los actos preparatorios de la utilización fraudulenta de medios de pagos, tratándose de fraude informático, están castigados por el art. 249.2.a) CP. No obstante, a través de la LO 14/2022 han sido añadidos dos apartados nuevos, cuyas disposiciones encuentran su paralelismo en el art. 4 de la mencionada Directiva (UE) 2019/713. El primero es el art. 249.2.b) CP, donde se castigan las conductas de adquisición ilícita de tarjetas, cheques o instrumentos de pago distintos del efectivo para su uso fraudulento. No queda clara la razón por la cual el legislador español decidió añadir este apartado, porque la adquisición ilícita de tarjetas de crédito materiales ya está castigada por el hurto, mientras que la adquisición de los datos obrantes en los medios de pago por el art. 249.1.b) CP. Por último, como tipo atenuado, se sancionan en el art. 249.3 CP, con pena en su mitad inferior las conductas de posesión, distribución o, en general, de puesta a disposición de terceros de dichos medios de pago. En todos estos delitos hay la expresa tipificación de los medios de pago distintos del efectivo.

El legislador italiano también, con el *Decreto legislativo* 8 de noviembre de 2021, n. 184, de transposición de la citada Directiva (UE) 713/2019, ha añadido un nuevo delito en el nuevo art. 493-*quater* CP, que castiga los actos preparatorios de los delitos «*relacionados con el utilizo de medios de pago distintos del efectivo*». Las conductas sancionadas son las mismas mencionadas en el artículo 7 de la citada Directiva, o sea la producción, importación, exportación, venta, transporte, distribución, la puesta a disposición de terceros y la obtención. Objetos de la acción son los aparados, dispositivos y programas informáticos «*diseñado principalmente o adaptado específicamente*» para cometer cualquiera de las infracciones a que se refieren estos medios de pagos. Así que puede tratarse de un fraude informático también. La elección del legislador italiano de añadir este nuevo delito no se puede valorar positivamente. No sólo porque dichas conductas en el ordenamiento italiano ya podrían ser sancionadas como tentativa, sino también porque las acciones y los objetos del delito son los mismos que ya castigan los delitos contra la intimidad informática y es difícil establecer si hay concurso de leyes o concurso de delito. En este caso hay una cláusula de subsidiariedad expresa, pero en algunos casos persiste

52 FARALDO CABANA, P., *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio*, cit., p. 289.

el solapamiento entre los delitos, porque se castigan con la misma pena y no es nada fácil encontrar una solución satisfactoria.

5. CONSIDERACIONES FINALES Y PERSPECTIVAS *DE LEGE FERENDA*

Como se ha examinado, los delitos de estafa informática y de falsificación y utilización fraudulenta de medios de pago distintos del efectivo son bastante similares en Italia y España. Sin embargo, la comparación demuestra que paradójicamente las diferencias han aumentado en el tiempo, a través de las leyes de transposición de aquellas Directivas cuyo objetivo era lo contrario, es decir, aproximar las legislaciones de los Estados miembros.

La comparación también ha permitido constatar que existe un problema objetivo de solapamiento entre las normas, en particular entre el fraude informático y la falsificación/utilización de instrumentos de pago distintos del efectivo. Los convenios supranacionales revisten una importancia fundamental, pero, especialmente cuando se toman decisiones para un determinado grupo de países, hay que considerar las disposiciones de otros convenios que ya existen y adoptar medidas para evitar el solapamiento. El Convenio sobre el Cibercrimen ya recomendaba castigar el fraude informático, cuyas conductas ya estaban sancionadas como delito en todos los países europeos. Así que la repetición de esta obligación por la Directiva (UE) 2019/713 no sólo no añadió nada nuevo al tipo, sino que ha "confundido" al legislador italiano y español, que consideraron erróneamente que había obsolescencia del tipo penal y aportaron modificaciones que causan confusión, por ejemplo, añadir a los objetos de los delitos de falsificación y utilización fraudulenta de medios de pago distintos del efectivo los instrumentos de pago inmateriales, o superfluas. También hay que tener en cuenta que muchas conductas descritas en la Directiva (UE) 2019/713 coinciden con las ya castigadas por los delitos contra la intimidad informática. Por tanto, no sólo hay solapamiento entre los ciberdelitos contra el patrimonio, sino también entre estos últimos y los delitos contra la intimidad informática. Se trata de un problema que el legislador europeo ha ignorado por completo, pero que en la práctica tiene importantes repercusiones. La comparación permitió comprobar que ni siquiera la regulación expresa del concurso de leyes en cada Estado miembro es concluyente.

Sin embargo, no obstante el solapamiento, no todas las conductas de los ciberdelincuentes hoy se sancionan adecuadamente. El legislador europeo tiene razón cuando afirma que hay obsolescencia de los ciberdelitos, pero esta no se debe a la falta de conductas en la lista de las que ya son sancionadas o a la no mención de las monedas virtuales como objeto de las acciones, sino en la desatención de las formas de delinquir que se han producido en este ámbito. El legislador europeo mismo, en el Considerando n. 5 de la Directiva (UE) 2013/40 relativa a los ataques contra los sistemas de información, ha reconocido que la mayoría de los ciberataques se debe

a la creación y utilización de redes enteras infectadas, las mencionadas *botnets*, pero no ha tenido debidamente en cuenta el fenómeno del *Cybercrime-as-a-Service* y ha promulgado las sanciones sin diferenciar mínimamente entre los diferentes perfiles de los ciberdelincuentes, es decir, entre los que se dedican profesionalmente a la realización y a la venta de *malware*, *phishing kits*, etc., y los que se limitan a adquirir dichos servicios, quizás realizando daños patrimoniales lleves.

Paradigmático es el artículo 7 de esta Directiva, titulado «*Instrumentos utilizados para cometer las infracciones*»: aquí hay una larga lista de conductas heterogéneas, como la venta, la adquisición para el uso, la importación o la distribución de programas informáticos y contraseñas, que se consideran como "actos preparatorios" de otros preceptos, por ejemplo, de la interferencia ilegal en los datos. Pero hay que considerar que vender un gran número usuarios o de programas informáticos malignos para permitir a otros de realizar fraudes, no es la misma cosa que comprar un número de tarjeta de crédito de otra persona para posteriormente hacer compras por Internet. La primera conducta parece más participación en el delito de estafa informática que un acto preparatorio, porque tiene la eficacia etiológica causal con respecto a la comisión de dicho delito. En este caso, existe una relación causal entre la acción de cada persona y la comisión del delito: la prestación del servicio de *hacking* facilita o permite al autor del ciberdelito posterior la obtención de beneficios ilícitos. Al contrario, la adquisición de contraseñas de otras personas para su posterior utilización fraudulenta es un acto preparatorio, porque no es nada más que una fase, es decir, un medio para cometer la estafa informática. En este último caso sí que es correcto castigar dicha conducta con pena más lleve que el fraude informático consumado e incluso considerarla absorbida por este último delito.

Lo mismo ha pasado con la mencionada Directiva (UE) 2019/713: en este caso legislador europeo tampoco ha tenido en cuenta del fenómeno delictivo del *Cybercrime-as-a-Service* y, en el artículo 7, titulado «*Herramientas utilizadas para cometer infracciones*» considera como "actos preparatorios" una larga lista de conductas heterogéneas.

En el mencionado caso del *hacker* italiano, que ha ganado más de siete millones de euros con la venta de usuarios y contraseñas, no parece correcto considerar su conducta como "acto preparatorio" para la comisión de más graves delitos cibernéticos y castigarla de la misma manera de la persona que adquiere el código de una tarjeta de crédito para comprar algo por Internet. La peligrosidad que conlleva su acción es mayor del usuario que recurre a él por sus servicios ilícitos, porque permitió a un número potencialmente infinito de personas de cometer ciberdelitos.

No se puede valorar positivamente la elección del legislador europeo de poner en el mismo precepto una larga lista de conductas que no tienen nada que ver unas con otras. Es cierto que los Estados miembros son libres de distinguir entre las distintas conductas previstas en la Directiva y sancionar unas más gravemente que otras, pero la inclusión de una lista amplia hace que todos parezcan iguales, lo que confunde a

los legisladores nacionales. La comparación demostró que en España y en Italia no se hace distinción alguna.

Como se ha señalado, la gran mayoría de ciberdelincuentes y grupos criminales que se dedican a la colección de datos informáticos, creación de *malware* y a la venta posterior, no son los mismos que los compran y utilizan en daño de otras personas. Pero la conducta que se caracteriza por una mayor gravedad es la primera, porque se trata de una verdadera actividad económica delictiva, que permite obtener ilícitamente grandes cantidades de dinero con muy pocos riesgos y constituye la *conditio sine qua non* que permite a otros de realzar ciberataques en perjuicio de otras personas y del sistema financiero. Además, quienes prestan servicios de piratería informática suelen ganar mucho más que quienes los utilizan.

No obstante, hoy en día lo que se castiga de manera más grave es lo que realiza la conducta más arriesgada, es decir, la transferencia de dinero. Sin embargo, el solapamiento entre las normas agrava esta situación. Eso es porque sus acciones son incluibles en varios preceptos penales, así que su pena será mayor de la prevista para los que se dedican a la venta o difusión de los programas malignos, que se sancionan únicamente como "actos preparatorios" de otros delitos cibernéticos o como delitos contra la intimidad informática, castigados con una pena más leve. Esto es muy evidente sobre todo en la legislación italiana, donde la venta de contraseñas y datos se castiga en manera mucho menor del fraude informático consumado, menos en la legislación española, donde los actos preparatorios del fraude y de la falsificación de medios de pago se castigan con la misma pena prevista para los delitos consumados. La comparación muestra que ninguna de las dos soluciones es correcta: las normas de ambos países agrupan conductas muy diferentes, sin diferenciarlas, con el resultado de que en algunos casos se castiga demasiado (adquisición) y en otros demasiado poco (comercio/venta).

El legislador debe mantenerse al corriente de los desarrollos tecnológicos y por supuesto no puede ignorar un fenómeno delictivo tan importante como el *Cybercrime-as-a-Service* y la peligrosidad de los ciberdelincuentes que ofrecen sus servicios ilícitos para permitir a un número indeterminado de personas de delinquir. Así que para una correcta tipificación de delitos cibernéticos hay que distinguir entre las diferentes conductas y castigar la fabricación, la venta y el comercio de instrumentos, datos o programas informáticos que sirven para la comisión de otros delitos cibernéticos en un precepto independiente, con la misma pena que el fraude informático. Eso porque dichas conductas tienen eficacia etiológica causal con respecto a la comisión de dicho delito, porque constituyen un acto sin el cual no se habría efectuado. Además, la peligrosidad de dichas conductas, que ponen en peligro cientos de miles de usuarios, justifica la previsión de la misma pena. Al contrario, las acciones que verdaderamente constituyen actos preparatorios, como la obtención y tenencia de estos instrumentos, tiene que ser castigadas con menor pena y, de esta manera, no sólo no hay vulneración del principio de proporcionalidad, sino que se pueden considerar absorbidas por la estafa informática consumada y no ser

sancionadas separadamente.

De lege ferenda, el esfuerzo del legislador, en lugar de añadir nuevos delitos o circunstancias agravantes, tiene que ir encaminado a la racionalización de los ciberdelitos vigentes, distinguiendo entre las diferentes conductas en relación con sus gravedad y peligrosidad y suprimir las irrelevantes, p. ej. la importación o la exportación. De esta forma se podrá establecer una correcta tipificación de delitos cibernéticos, sin que haya solapamiento entre ellos y problemas de vulneración del principio *ne bis in idem*. Por consiguiente, las penas previstas serán proporcionadas al hecho, sin que la aplicación de una multitud de delitos implique sanciones excesivamente elevadas y, al contrario, el fenómeno del *Cybercrime-as-a-Service* sea castigado con penas más graves, adecuadas a su gravedad.

6. BIBLIOGRAFÍA

ABADÍAS SELMA, A., "La nueva regulación del delito de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo al albur de la reforma de 22 de diciembre de 2022: un análisis del art. 249.1. b) y 249.2 b) del CP", *Estudios de Deusto*, Vol. 71, n. 1, 2023, pp. 15-82.

ALMOMANI, A./GUPTA, B.B./ATAWNEH, A./MEULENBERG, A./ALMOMANI, E., "A Survey of Phishing Email Filtering Techniques", *IEEE Communications Surveys & Tutorials*, Vol. 15, n. 4, 2013, pp. 2070-2090.

AMBROSETTI, E.M., *Problemi attuali in tema di reato continuato. Dalla novella del 1974 al nuovo codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1ª ed., 1991.

ANARTE BORRALLO, E., "Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho Penal en la sociedad de la información", *Derecho y conocimiento. Anuario jurídico sobre la sociedad de la información*, 2001, vol. 1, pp. 191-257.

ANTOLISEI, F., "Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme", *Giustizia penale*, parte II, 1942, p. 609-614.

AZEEZ, N.A./OLADELE, S.S./OLOGE, O., "Identification of Pharming in Communication Networks using Ensemble Learning", *Nigerian Journal of Technological Development*, vol. 19, n. 2, 2022, pp. 172-180.

BUSTOS RUBIO, M., "La reforma de la ciberestafa y la incorporación de los medios de pago digitales en el Código Penal", *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2023, n. 38, pp. 1-11 (https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/n38-bustos, consulta: 29/11/2024).

CADWELL, M./ANDREWS, J.T.A./TANAY, T./GRIFFIN, L.D., "AI-enabled future crime", *Crime Science*, vol. 9, n. 14, 2020, pp. 1-13.

CAJANI, F./COSTABILE, G./MAZZARACO, G., *Phishing e furto d'identità digitale. Indagini informatiche e sicurezza bancaria*, Giuffré, Milano, 1° ed., 2008.

CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, Editorial Comares, Granada, 1ª ed., 2000.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 1ª ed., 2002.

CONTI, L., "Concorso apparente di norme", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Utet, Torino, 1958, p. 1007-1017.

CRUZ DE PABLO, J.A., *Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos. Adaptado a la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 15/2003 de 25 noviembre, especial referencia al nuevo artículo 286 CP*, Grupo difusión, Madrid, 2006.

DELGADO-MOHATAR, O./SIERRA-CÁMARA, J.M./ANGUIANO, E., "Blockchain-based semi-autonomous ransomware", *Future Generation Computer System*, vol. 112, 2020, pp. 589-603.

DELITALA, G., "Concorso di norme e concorso di reati", *Scritti di diritto penale*, Giuffré, Milano, 1976.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial*, en DE LA MATA BARRANCO, N.J./DOPICO GÓMEZ-ALLER, J./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A./NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 1ª ed., 2018, pp. 169-234.

FARALDO CABANA, P., *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Tirant lo blanch, Valencia, 1ª ed., 2009.

FLOR, R., *La legge penale nello spazio, fra evoluzione tecnologica e difficoltà applicative*, en *Cybercrime* (dir. Cadoppi, A./Canestrari, S./Manna, A./ Papa, M.), Utet, Milano, 2ª ed., 2023, pp. 153-208.

FROSALI, R.A., *Concorso di norme e concorso di reati*, Giuffré, Milano, 1ª ed., 1971.

GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 C.P.*, Tirant lo blanch, Valencia, 1ª ed., 2005.

GANGULI, P., "The Rise of Cybercrime-as-a-Service: Implications and Countermeasures", *International Journal for Multidisciplinary Research*, vol. 6, n. 5, 2024, pp. 1-46.

GARCÍA ALBERO, R.M., *"Non bis in Idem" material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1ª ed., 1995.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., "El fraude informático en España e Italia. Tratamiento jurídico-penal y criminológico", *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, 2008, pp. 289-308.

GHAZI-TEHRANI, A./ PONTELL, H., "Phishing Evolves: Analyzing the Enduring Cybercrime", *Victims & Offenders*, vol. 16, n. 3, 2021, pp. 316-342.

GIACONA, I., *Il concetto d'idoneità della struttura del delitto tentato*, Giappichelli, Torino, 1ª ed., 2000.

MANKY, D., "Cybercrime as a service: a very modern business", *Computer Fraud & Security*, n. 6, 2013, pp. 9-13.

MANNA, A., "Artifici e raggiri on-line: la truffa contrattuale, il falso informatico e l'abuso dei mezzi di pagamento elettronici", *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 6, 2002, pp. 955-970.

MANTOVANI, F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 2ª ed., 1966.

MALGIERI, G., "La nuova fattispecie di "indebito utilizzo d'identità digitale": un problema interpretativo", *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale,* 2015, n. 2, pp. 143-151, p. 144 (https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljustice-network.eu/it/archivio, consulta: 29/11/2024).

MARGIOCCO, M., *Frode informatica*, en *Diritto dell'informatica* (dir. Finocchiaro, G./ Delfini, F.), Utet, Torino, 2014, pp. 1107-1114.

MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid, 1ª ed., 2001.

MINICUCCI, G., *Le frodi informatiche*, en *Cybercrime* (dir. Cadoppi, A./ Canestrari, S./Manna, A./Papa, M.), Utet, Milano, 2ª ed., 2023, pp. 893-923.

MIQUELON-WEISSMAN, M., "The Convention on Cybercrime: A Harmonized Implementation of International Penal Law: What Prospects for Procedural Due Process?", *UIC John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, vol. 23, 2005, n. 2, pp. 329-361.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 10ª ed., 2015.

MIRÓ LLINARES, F., "La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del phishing", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15-12, 2013, pp. 12:1-56.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 25ª ed., 2023.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 11ª ed., 2022.

PAGLIARO, A., "Concorso di norme", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, Giuffré, Milano, 1961, p. 545-561.

PECORELLA, C., *Il diritto penale dell'informatica*, Cedam, Padova, 2ª ed., 2006.

PICA, G., *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Utet, Torino, 1ª ed., 1999.

PICOTTI, L., "Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati", en *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*, (dir. Picotti, L.), Cedam, Padova, 1ª ed., 2004, pp. 21-94.

PRIETO DEL PINO, A.M., "Criminal offences against property and against the social-economic order in Spain: a global overview and a detailed approach to some particularly relevant issues", *Philia journal of Judicial Studies*, vol. 1, 2022, pp. 82-105.

RAMESH BABU, P./LALITHA BHASKARI, D./SATYANARAYANA, CH., "A Comprehensive Analysis of Spoofing", *International Journal of Advanced Computer Science and Applications*, vol. 1, n. 6, 2010, p. 157-162.

ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, 1ª ed., 1987.

RUTGER LEUKFELDT, E./LAVORGNA, A./KLEEMANS, E.R., "Organised Cybercrime or Cybercrime that is Organised? An Assessment of the Conceptualisation of Financial Cybercrime as Organised Crime", *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 23, n. 3, 2016, pp. 287-300.

RUTHERFORD, R., "The changing face of phishing", *Computer Fraud & Security*, n. 11, 2018, pp. 6-9.

RYAN, M., *Ransomware Revolution: The Rise of a Prodigious Cyber Threat*, Spinger, Cham, 1° ed., 2021.

SALVADORI, I., *I reati contro la riservatezza informatica*, en *Cybercrime* (dir. Cadoppi, A./Canestrari, S./Manna, A./ Papa, M.), Utet, Milano, 2ª ed., 2023, pp. 693-761.

SALVADORI, I., "Criminalità informatica e tecniche di anticipazione della tutela penale. L'incriminazione dei "dual-use software"", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2017, p. 747-788.

ŠEMBERA, V./PAQUET-CLOUSTON, M./GARCIA, S./ERQUIAGA, M., "Cybercrime Specialization: An Expose of a Malicious Android Obfuscation-As-A-Service", *2021 IEEE European Symposium on Security and Privacy Workshops (EuroS&PW)*, 2021, p. 213.

SEMINARA, S., *Il delitto tentato*, Giuffré, Milano, 1ª ed., 2012.

WEBER, A., *Die Strafbarkeit von Plattformbetreibern im Darknet*, Nomos, Baden-Baden, 1° ed., 2022.

ZAGREBELSKY, V., *Reato continuato*, Giuffré, Milano, 2ª ed., 1976.

RECENSIONES

LEÓN ALAPONT, José, *La prisión permanente revisable en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 692 páginas

CRISTIAN SÁNCHEZ BENÍTEZ
Profesor Sustituto Interino de Derecho Penal
Universidad de Cádiz (España)

cristian.sanchez@uca.es

https://orcid.org/0000-0001-6725-1320

La reintroducción de la prisión perpetua en España en 2015 con la denominación eufemística "prisión permanente revisable", casi un siglo después de su última previsión (en el Código penal de 1928), originó la publicación de un número considerable de trabajos doctrinales que se caracterizaron en su mayoría por mantener un posicionamiento crítico frente a ella, entre los cuales, quisiera destacar varias monografías.

Las de las profesoras María Acale Sánchez (*La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Iustel, Madrid, 2016), Ángela Casals Fernández (*La prisión permanente revisable*, BOE, Madrid, 2019), María del Mar Martín Aragón (*Del cumplimiento íntegro y efectivo de las penas a la prisión permanente revisable*, J.M. Bosch Editor, Madrid, 2021) y Cristina Rodríguez Yagüe (*La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018). También la obra colectiva coordinada por esta última autora, titulada *Contra la cadena perpetua* (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016).

Sin embargo, nueve años después de la entrada en vigor de esta discutida pena, el valenciano José León Alapont publica una extensa monografía de casi setecientas páginas que lleva por título *La prisión permanente revisable en España* y en la que

Recepción: 06/08/2024 Aceptación: 30/09/2024

Cómo citar este trabajo: SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian, *LEÓN ALAPONT, José, La prisión permanente revisable en España, Valencia, 2024, 692 páginas*, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 429-434, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.13

manifiesta un posicionamiento favorable a su inclusión en nuestro Código penal. Lo novedoso de la obra que se reseña aquí es que se trata del primer trabajo monográfico publicado que parte de un enfoque favorable a la referida sanción, el cual anuncia ya en las primeras páginas del libro, y lo hace con una elevada solidez argumentativa que reconozco pese a no compartir buena parte de sus planteamientos[1].

Dicha argumentación la desarrolla con un estilo de escritura sencillo (un *tono didáctico*, como señala el prologuista), lo cual se agradece, puesto que facilita el entendimiento de un trabajo muy amplio en el que, además, aborda un instituto jurídico muy complejo. No obstante, dicho estilo resulta mejorable en la medida en que el autor emplea demasiadas citas literales en el propio texto, algunas muy extensas, que a veces dificultan su seguimiento, muchas de las cuales podrían haber sido sustituidas por la técnica del parafraseo o haber sido ubicadas en notas al pie. En definitiva, abusa de un esquema que ya desde el inicio torna predecible en tanto que casi siempre consiste primero en la recopilación de ideas de otros autores mediante citas literales de varias líneas para finalizar luego desarrollando su toma de posición.

El libro, prologado por el presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Manuel Marchena Gómez, se estructura en cuatro capítulos en los que como se indicó, aborda de manera exhaustiva y sólida todo lo relacionado con la prisión permanente revisable. El Capítulo I lo dedica a la justificación político-criminal de la introducción de la pena. En él, el autor se muestra crítico con algunas de las justificaciones esgrimidas por el legislador de 2015 (admite que *estuvo torpe*) y reconoce el papel que las víctimas (y su utilización política) y los medios de comunicación desempeñan en los procesos de cambios jurídico-penales y en concreto, en la introducción en nuestro arsenal punitivo de la prisión permanente revisable. Para el profesor, la prisión permanente revisable no es una anomalía democrática ni una muestra de Derecho penal simbólico o del enemigo (sobre ello volveremos luego), sino una respuesta racional, legítima y necesaria para hacer frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes. En definitiva, expone aquí con astucia y rigor su posicionamiento político-criminal en favor de esta consecuencia jurídica.

El grueso del trabajo se ubica en el Capítulo II, que contiene prácticamente la mitad de la obra, con más de trescientas páginas. En él realiza un recorrido pormenorizado de todo lo relativo al régimen jurídico-penal y penitenciario de la pena objeto de su análisis, mostrándose crítico cuando corresponde. Por ejemplo, cuando alerta de la infracción del principio non bis in ídem en casos de concurrencia de la alevosía por desvalimiento en el asesinato y su hipercualificación basada en que la víctima sea menor de dieciséis años o una persona especialmente vulnerable[2]. A destacar, por su carácter novedoso, que el profesor no se limite a analizar, como hicieron

1 Mi posicionamiento en torno a la pena ya lo he manifestado en varios trabajos, principalmente en el libro *Derecho penal del enemigo en España*, Reus, Madrid, 2019, que el autor reseñado no cita.

2 Realicé idéntica crítica en el artículo "Tratamiento jurisprudencial de la prisión permanente revisable", *Revista General de Derecho Penal*, número 40, 2023, pp. 1-56.

(hicimos) otros autores, el marco normativo contenido en el Código penal de la referida sanción (permisos de salida, tercer grado, revisión, delitos para los que se prevé su imposición…), sino que además aborde otras cuestiones conexas con la prisión permanente revisable que no han sido tratadas minuciosamente por la doctrina, como la clasificación penitenciaria del condenado a la pena estudiada, la aplicabilidad del instituto del indulto, la sustitución de aquella cuando se imponga a ciudadanos extranjeros, la aplicación de la Euroorden y del principio de justicia universal en delitos castigados con la pena o el tratamiento del error judicial. Asimismo, merece una valoración positiva que a lo largo de todo el Capítulo realice propuestas de interpretación de los elementos más problemáticos del régimen jurídico. Destaca, también positivamente, el epígrafe tercero de este Capítulo, aun sin coincidir con buena parte de lo que plantea, pues lo dedica a responder, con suma habilidad para presentar y defender argumentos persuasivos y concluyentes, a las principales críticas esgrimidas por la doctrina al régimen jurídico de la pena.

En el Capítulo III León Alapont recoge los posicionamientos de la doctrina en torno a la constitucionalidad de la sanción, analiza los dictámenes e informes del Consejo Fiscal, del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado y del Consejo General de la Abogacía, tres sentencias de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo en las que se alude a su constitucionalidad y especialmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2021, de 6 de octubre, que declara la constitucionalidad de la referida consecuencia, así como sus votos particulares y las reacciones doctrinales posteriores. En la última parte, defiende el autor la constitucionalidad de la prisión permanente revisable y su adecuación a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien critica la calidad de la precitada Sentencia del Tribunal Constitucional y de sus votos particulares. Tiene razón el autor cuando afirma que el Tribunal *no ha estado a la altura de las circunstancias y que la sentencia no destaca precisamente por su calidad técnica y riqueza argumentativa*.

En el Capítulo IV se exponen y se comentan las iniciativas parlamentarias relacionadas con la pena estudiada, ninguna de las cuales ha prosperado, algunas propuestas doctrinales ajenas y la suya en la que, como se indicó, mantiene la prisión permanente revisable, si bien propone importantes modificaciones en su regulación y en algunos institutos conexos, como cambios en lo que respecta a la clasificación de la pena, al plazo de cancelación de los antecedentes penales, a la revisión en casos de terrorismo, a la pena inferior en grado, al plazo de suspensión y a la libertad vigilada. Entre los ajustes propuestos por el autor, destaca la reducción de los excesivos plazos para el acceso a los permisos de salida, al tercer grado y a la revisión que plantea.

Tres son las notas positivas que han de resaltarse tras la lectura estos Capítulos. Exhaustividad, rigurosidad y tono siempre crítico en su posicionamiento. Y es que destaca el trabajo fundamentalmente por su carácter pormenorizado, en tanto que aborda todos los aspectos relacionados con la prisión permanente revisable y, lo novedoso, la incidencia de su régimen jurídico en otros institutos como la prescripción o las medidas de seguridad, entre otros muchos. Respecto de la rigurosidad del

estudio, no solo se predica de su propia argumentación, sino que también deriva de que el autor emplea con desparpajo abundante bibliografía y las resoluciones judiciales que a lo largo de estos años han venido dictándose que más interesan para el análisis de la pena. El habilidoso uso de estas referencias sin duda contribuye decisivamente a dotar de solidez científica sus planteamientos. En tercer lugar, pese a situarse a favor de la prisión permanente revisable, como señala el prologuista, no estamos ante un estudio *entusiasta* y acrítico. Son numerosos los pasajes de la obra en los que León Alapont se muestra disconforme con algún elemento de la pena, y, además, no se limita a manifestar su oposición, sino que propone alternativas y modificaciones de interés en aquellos aspectos de la regulación que no comparte.

En otro orden de cosas, como se indicó, el profesor llega a la conclusión de que la pena analizada es una respuesta racional, legítima y necesaria para hacer frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes y que no supone ni una anomalía democrática ni una muestra de Derecho penal simbólico o del enemigo. Y tiene razón en cuanto al carácter no simbólico de la pena. Como he señalado en otro trabajo, la sanción encontró un ámbito efectivo de aplicación en los asesinatos hipercualificados y son ya más de cincuenta personas las que han sido condenadas a aquella hasta el momento[3]. No tiene por tanto un contenido simbólico.

No obstante, yerra el autor al sostener que esta pena no es un ejemplo de Derecho penal del enemigo y lo hace porque su trabajo adolece en algunos epígrafes de sistematicidad. Pese a que se caracteriza por ser un estudio exhaustivo y detallado, su análisis no toma a la prisión permanente revisable como un elemento más dentro del engranaje punitivo previsto para determinados sujetos respecto de los que se entiende que no caben sino instrumentos que tiendan a garantizar un control penal de carácter perpetuo o que se le acerque. Esa es la principal crítica que merece el trabajo reseñado, la falta de contextualización en su estudio. La prisión permanente revisable per se no es una muestra de Derecho penal del enemigo, en eso coincido con el profesor, pero sí que forma parte de un grupo de estrategias punitivas que en su conjunto constituyen una forma de reacción estatal diferente y especial, en tanto que mucho más rigurosa, y que se prevé para hacer frente a determinados perfiles delincuenciales. Bastaba con adoptar una visión sistemática en la que junto a la prisión permanente revisable se tomaran en consideración, entre otras formas de reacción, la medida de libertad vigilada a imponer a terroristas y a asesinos (entre otros sujetos) también condenados a prisión permanente revisable y a ejecutar con posterioridad a aquella, la pena de inhabilitación docente o los límites máximos de cumplimiento de hasta cuarenta años previstos para los primeros, así como las excepciones procesales que se les aplican a estos, para comprobar que la prisión permanente revisable forma parte, junto con otros institutos, de un conjunto punitivo que puede calificarse como Derecho penal del enemigo[4].

---

3 En "Tratamiento jurisprudencial de la prisión permanente revisable", *op. cit.*, pp. 1-56.

4 Esa visión de conjunto, sistemática, es la que adopto en *Derecho penal del enemigo en España*, *op. cit.*, que el autor no cita.

Por otra parte, resultaría conveniente modular el uso de determinadas expresiones que exceden de la crítica académica. Por ejemplo, en el Capítulo I me atribuye *un enorme desconocimiento sobre lo que de verdad es un régimen no democrático o autoritario* y seguidamente indica que la asociación que realizo entre autoritarismo y previsión de la pena de prisión permanente revisable es un *tremendo error*[5]. Hay formas más elegantes de mostrar la discrepancia doctrinal que mediante la utilización de ciertas expresiones adjetivadas como las que el autor emplea[6].

Podría hacer lo mismo y afirmar que supone un *tremendo error* que el autor califique el voto particular de Juan Antonio Xiol Ríos, Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2021 como *una declaración política o ideológica* y que sin embargo no lo haga respecto de una resolución dictada por un Tribunal que en las últimas décadas se ha caracterizado por su excesiva politización, la cual también se refleja en la referida Sentencia. Y podría añadir que el autor ahí manifiesta un *enorme desconocimiento* en torno a la estrecha y evidente relación entre la política y el Derecho y sobre el sustrato ideológico de aquel, pero no lo haré. Me limitaré a indicar que discrepo del profesor sencillamente porque considero el Derecho y la política se confunden, por cuanto el Derecho es también una manera de hacer política y en los regímenes democráticos, de hecho, es la principal forma de hacerla, afortunadamente. Es más, el propio autor a lo largo de todo el texto también realiza planteamientos que pueden ser tildados como ideológicos, por la sencilla razón de que la objetividad que se nos exige (y que reconozco en León Alapont) no es sinónimo de neutralidad (ni debe serlo) y que en un asunto tan espinoso como la prisión permanente revisable es común (y deseable, para ser honestos) tomar partido, también en un sentido político o ideológico. En este contexto, que el prólogo esté a cargo del magistrado Manuel Marchena Gómez no es en absoluto casual, puesto que tiene un sentido político muy claro.

En cualquier caso, nos hallamos ante una aportación necesaria que, sin duda, está llamada a convertirse en un punto de referencia ineludible para quienes se interesen por el controvertido instituto de la prisión permanente revisable. Estamos ante una contribución de enorme interés para el jurista y para otros operadores del ámbito jurídico, fundamentalmente porque no solo analiza *con precisión*, como advierte el prologuista, todos y cada uno de los aspectos de la regulación de la mencionada consecuencia jurídica, sino que, además, proporciona eventuales ajustes en aquella y ofrece parámetros de interpretación de sumo interés al objeto de resolver los aspectos más problemáticos de su regulación, los cuales el autor sabe reconocer, lo cual le honra.

En definitiva, se trata de una obra que indudablemente enriquece un debate aún inconcluso sobre la sanción (pese a que ya han pasado nueve años desde su aprobación

5 Adviértase que el profesor me cita mal en su libro, pues altera el orden de mis apellidos.

6 Al respecto, es posible que la conclusión del autor hubiera sido distinta de haber consultado mi libro *Derecho penal del enemigo en España*, *op. cit*., en el que desarrollo pormenorizadamente esta cuestión.

y entrada en vigor), al aportar matices y puntos de vista distintos, novedosos y muchos de ellos convincentes que (reitero, no comparto en su mayoría) ponen de manifiesto el rigor intelectual, la valía y la solidez científica de su creador, así como su habilidad para abordar un tema polémico partiendo de una perspectiva novedosa y nada sencilla, consolidándose así como un referente esencial para el estudio de esta compleja pena. Enhorabuena al autor.

RAMOS VIVAS, José, *Manual de comunicación y divulgación científica. Un libro imprescindible para conocer y dominar las claves de la comunicación científica y facilitar así su divulgación en la sociedad de la información*, Berenice, Córdoba, 2021, 352 páginas

JUAN CARLOS VELASCO PERDIGONES
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Cádiz (España)

juancarlos.velasco@uca.es

https://orcid.org/0000-0002-2219-3574

Los científicos tradicionalmente se han caracterizado por vivir en su torre de marfil, unos tipos vistos por la sociedad como orates. La imagen que puebla la cabeza de cualquier ciudadano medio es la de una persona de edad avanzada con pelos blancos anárquicos, gafas retro de pasta negra con cristal grueso y bata blanca poblada con manchas variopintas, cuyo bolsillo esconde un buen puñado de bolígrafos u otros utensilios que no se sabe bien para qué sirven. Esta impronta parece ir diluyéndose gracias a la comunicación y divulgación científica de los últimos tiempos, a favor de otra en la que reina la sapiencia, el estudio, el rigor y la razón.

Recensionar un libro de divulgación y comunicación científica en una revista jurídica puede resultar un tanto extraño, más aún cuando su autor no pertenece a las Ciencias Jurídicas, sino todo lo contrario, a la Microbiología celular. Sin embargo, pronto se entenderán sus motivos si se tiene presente una realidad vigente: la necesaria divulgación y comunicación de la ciencia, incluida la jurídica. De hecho, el

Recepción: 26/09/2024 Aceptación: 18/10/2024

Cómo citar este trabajo: VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos, *RAMOS VIVAS, José, Manual de comunicación y divulgación científica. Un libro imprescindible para conocer y dominar las claves de la comunicación científica y facilitar así su divulgación en la sociedad de la información,* Berenice, Córdoba, 2021, 352 páginas, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 435-437, DOI: https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.14

marco normativo vigente viene a poner el foco de atención en la necesidad de dar a conocer, a la sociedad en general, aquello que con sus impuestos se financia. Las últimas reformas legislativas inciden expresamente en el impacto social y la aportación a la ciencia abierta de las investigaciones, convirtiéndose así la divulgación científica y la ciencia ciudadana en los cauces que hacen accesible el conocimiento científico al conjunto de la ciudadanía. Ese es el motivo del libro que aquí se presenta, un manual que ayuda a los que hacemos Ciencia –independientemente del ámbito de especialización– a conseguir que nuestras investigaciones sean conocidas y debatidas por todos.

El *Manual de comunicación y divulgación científica*, del microbiólogo molecular José Ramos Vivas, contribuye a desenmascarar las ideas preconcebidas de la sociedad en general respecto a la ardua y desconocida labor de los investigadores. Si se observa el amplio índice del libro, podría afirmarse que estamos ante un ejemplar elemental tanto para el ciudadano como para aquellos que dedican su esfuerzo a la Ciencia. Y es que, por un lado, su lectura invita a la persona de a pie a conocer los entresijos de la ciencia y la importancia de su difusión y, por otro, el lector-investigador encontraría en sus amenas páginas las herramientas necesarias para comunicar y divulgar los resultados de sus investigaciones, tarea que hoy día va acaparando la importancia que requiere a raíz de diversos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales.

El autor ofrece una visión panorámica acerca de la necesidad de transmitir los resultados de las investigaciones a la sociedad, y la forma en la que puede hacerse. El mensaje resulta claro: los avances científicos no pueden quedarse en los laboratorios o en las bibliotecas, sino que deben darse a conocer a quienes con sus impuestos financian la ciencia, todo ello, a través de eventos como la Noche de los Investigadores, el Café Científico o la Semana de la Ciencia; la publicación en revistas o libros de divulgación; redes sociales; *blogs*; radio; prensa; televisión; charlas TED; el arte o *Wikipedia*. El problema de todo ello es el tiempo que hay que invertir en estas actividades, su preparación y el aprendizaje del manejo de las herramientas. Al investigador muchas veces le faltan horas en el reloj para poder llevar a buen puerto sus indagaciones, si a esto se le añade los entresijos de la divulgación y comunicación científica, en algún lugar se esconderán sus carencias. Sin embargo, la obra nos ofrece una sensata solución: buscar y concertar la actividad divulgativa y comunicativa con profesionales dedicados *ex profeso* a ello. Podría resultar interesante para aquellos que obtienen una suntuosa financiación, de hecho, incluso se aconseja incluir en los presupuestos de los proyectos una partida destinada a labor divulgativa. Por el contrario, la cuestión se torna más compleja para los que no disponen de fondos, que ven cómo su preciado tiempo –que primordialmente han de emplear en la investigación– se consume en la preparación y configuración de algunas de las herramientas digitales de comunicación que expone el autor.

El libro objeto de reseña aborda con lenguaje sencillo y adaptado una veintena de temas relacionados con la comunicación y divulgación científica. A este respecto, resulta interesante destacar los siguientes: *La revista científica; Universidades y centros*

de investigación; ¿Cómo comunican los científicos?; Los científicos salen a la calle; Redes Sociales; Proyectos de investigación; Políticos + Científicos; Medios de comunicación + Científicos; La democratización de la ciencia o Mejorar la vida de las personas, entre otros más.

El autor, director del laboratorio de Microbiología Celular, en algunos capítulos hace referencia a su materia, pero sabe acompasar la complejidad de ésta con la columna vertebral del libro, que no es otra que la divulgación de la ciencia independientemente de la disciplina a la que nos consagremos. El recurso al tecnicismo que envuelve esta rama del saber no es tan preponderante y, cuando se efectúa, enriquece al lector y hace que pueda abstraerse por analogía a su propia disciplina, en mi caso –al lado totalmente opuesto– las Ciencias Jurídicas.

El Manual, aparte de acercar la ciencia a la ciudadanía, se convierte en un instrumento esencial para los investigadores, ya que, a través de las diversas herramientas y metodologías que desarrolla a lo largo de su capitulado, puede servir para mostrar a la sociedad la importancia que tiene la ciencia que hacen los científicos. En el curso del libro se van exponiendo los medios y herramientas a disposición de los investigadores para dar a conocer los resultados de sus trabajos de investigación, cuestión de especial interés si atendemos al nuevo marco establecido para la evaluación y acreditación de los cuerpos docentes universitarios. Dentro de la incertidumbre impuesta por este nuevo régimen, el texto ofrece claridad, y viene a constituir un trabajo básico que ayuda y facilita a que cualquier investigador pueda adentrarse en la tarea de contar lo que hacen en sus laboratorios, sus archivos o bibliotecas.

Los capítulos son precedidos con frases de científicos, pensadores, divulgadores o de textos jurídicos, invitando previamente a reflexionar sobre lo que posteriormente encontraremos en la sección que le sigue. Las porciones que vertebran la obra son de fácil lectura, con una extensión que facilita la asimilación de las diferentes ideas que pretende transmitir su autor.

Naturalmente, se está ante una obra escrita por un científico de Ciencias Experimentales y, en muchas ocasiones, los eruditos de otras disciplinas no encontrarán correspondencia, pues cada parcela del saber dispone de su propia metodología y herramientas. Así, pueden encontrarse disfunciones entre la divulgación y comunicación en el campo científico del autor y, por ejemplo, en las Ciencias Sociales, pero no dejan de ser incompatibles –por mucho que difiera la metodología científica– porque se parte de un mismo origen: en cualquier caso, hablamos de ciencia, de la necesidad de divulgar y, en definitiva, de mejorar la vida de las personas.

Los científicos se volverán una casta aislada en un ambiente semi-hostil
[si no cuentan lo que hacen]

Julian Huxley, defensor de la divulgación científica (1926)

Introducción del libro