DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL • GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR:
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Año XII | Número 4 | Mayo 2022

ISSN: 0034-7914

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 0034-7914
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de abril de 2022, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

DPyC

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL • GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL • EJECUCIÓN DE LA PENA

Director:
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Año XII | Número 4 | Mayo 2022

INCLUYE VERSIÓN **DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECTOR
Eugenio Raúl Zaffaroni

ÁREA PROCESAL
Miguel Á. Almeyra

COORDINADORES
Matías Bailone
Gabriel Ignacio Anitua

EDITOR RESPONSABLE
Francisco J. Crocioni

COMITÉ ACADÉMICO
Eduardo Aguirre Obarrio (Argentina, 1923-2011)
Carlos Julio Lascano (Argentina)
Lola Aniyar de Castro (Venezuela, 1937-2015)
Luis Arroyo Zapatero (España)
David Baigún (Argentina, 1926-2015)
Nilo Batista (Brasil)
Roberto Bergalli (Argentina, 1936- 2020)
Jorge de la Rúa (Argentina, 1942-2015)
Edgardo Alberto Donna (Argentina)
Luigi Ferrajoli (Italia)
José Luis Guzmán Dalbora (Chile)
Julio B. J. Maier (Argentina, 1939-2020)
Sergio Moccia (Italia)
Francisco Muñoz Conde (España)
Esteban Righi (Argentina, 1938-2019)
Gladys Romero (Argentina, 1933-2014)
Norberto Spolansky (Argentina, 1939-2018)
Juarez Tavares (Brasil)
John Vervaele (Holanda)
José Sáez Capel (España)

COMITÉ DE REDACCIÓN

Gabriel Ignacio Anitúa
María Laura Böhm
José Ángel Brandariz García
Leonardo Brond
Javier de Luca
Rubén E. Figari
Mariano Gutiérrez
Manuel Maroto Calatayud
Juliana Oliva
Jorge Paladines Rodríguez
Marcela Paura
Jonathan Polansky
Rodrigo M. Raskovsky
Marcelo Riquert
Cristina Sánchez Henríquez
Máximo Sozzo
Valeria Vegh Weis
Myrna Villegas Díaz
Diego Zysman Quirós
Facundo Maggio
Solange Capuya
Sofía Lanzilotta
Marcos Frezzini
Luciano Bianchi
Gustavo Aboso
María Pilar Marco Francia
Gabriela Gusis
Nadia Espina

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

DERECHO PENAL

Doctrina

Posibles estrategias de acometimiento desde el derecho penal de la delincuencia sexual con víctimas menores de edad en España
María Pilar Marco Francia 5

Análisis del delito de acoso sexual, su futura reforma y el debate en torno a su ubicación sistemática
Rosario De Vicente Martínez 15

A propósito de la pandemia: consideraciones socio-jurídicas sobre el aumento del consumo de alcohol en la vía pública tras la finalización del estado de alarma
María Teresa Montero Ruiz 32

Nota a Fallo

ENCUBRIMIENTO
Adquisición de automotor con conocimiento de su origen ilícito. Agravante. Ánimo de lucro. Mero uso de la cosa. Disidencia parcial. 61

Encubrimiento agravado por el ánimo de lucro
Augusto Ponce 66

Precisiones acerca de las agravantes en el delito de encubrimiento
Marlon César Martínez 71

PROCESAL PENAL

DOCTRINA

La incorporación de la prueba en el procedimiento de flagrancia
Gustavo Zottig 85

Confesiones a puerta cerrada: reflexiones sobre el caso Durst
Yanina Di Blasio 108

Los delitos fiscales en el proceso penal acusatorio mexicano
Franklin Martín Ruiz Gordillo - Irving Arellano Regino 116

PENAL JUVENIL

DOCTRINA

Del abreviado al jurado: ¿un jaque mate al principio de especialidad de la justicia juvenil?
Martiniano Terragni 131

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

Distintas perspectivas del discurso de odio: desde la intransigencia a la tolerancia
María Teresa Montero Rui 149

Breve aproximación estadística sobre la incidencia de las leyes térmicas de la delincuencia en los delitos de homicidio cometidos en España
Cristina Cazorla González 160

CRIMINOLOGÍA MEXICANA

DOCTRINA

El mercado negro y sus foros vinculados en internet profundo
Farouk Ait Nasser 187

La carrera delictiva de un adolescente traficante de drogas de Sonora, México: reflexiones desde la elección racional del crimen
Antonio de Jesús Barragán Bórquez 205

Criminalidad juvenil y victimología animal: prevención de la victimización
Marillanos Reolid Rodenas 217

Carnaval de incienso y MDMA: un acercamiento desde la criminología cultural al fenómeno de los Raves y la Semana Santa
Antonio Silva Esquinas - Jorge Ramiro Pérez Suárez 226

Validación psicométrica de la escala de valoración de riesgo de violencia en adolescentes
Rolando Granados Muñoz 244

Educación y leyes del aprendizaje social y criminógeno
Osvaldo N. Tieghi 255

Criminología de la personalidad antisocial. Asociación entre la conducta pandilleril y la conducta disocial en adolescentes
Rolando Granados Muñoz 264

DERECHO PENAL

Doctrina

Posibles estrategias de acometimiento desde el derecho penal de la delincuencia sexual con víctimas menores de edad en España

María Pilar Marco Francia (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La prevención de los delitos sexuales con víctimas menores.— III. El abusador sexual de menores.— IV. Posibles formas de afrontar el fenómeno de los abusos sexuales a niños desde el derecho penal.— V. ¿Qué hacemos con el abusador sexual de menores?— VI. Trabajos citados.

I. Introducción

La delincuencia en general, y la delincuencia sexual en particular, no son fenómenos simples y unidireccionales. La posibilidad de evitar los delitos algo totalmente utópico y mucho más en lo que respecta a la delincuencia sexual violenta donde existen pulsiones difíciles de detectar de cara a su prevención o frustración.

De las escasas investigaciones de carácter empírico realizadas en nuestro país sobre las víctimas menores de abusos sexuales resulta que las tasas de prevalencia son realmente importantes **(1)**. Se calcula en un 20-25% de casos en que las niñas reconocen haber sufrido abusos sexuales en la infancia y en un 10-15% de los niños. Respecto a las tasas de incidencia son prácticamente despreciables, sobre todo por la problemática de la denuncia cuando el abuso se da dentro de la familia y son tan dramáticamente diferentes de las tasas de prevalencia que deberíamos plantearnos como sociedad en qué estamos fallando a la hora de proteger a nuestros niños y niñas.

II. La prevención de los delitos sexuales con víctimas menores

En el abordaje de los abusos sexuales a menores hay que realizar una labor ímproba de prevención de los abusos sexuales en la infancia. El maltrato y abuso de los menores (incluyendo el sexual) no se puede considerar como algo inevitable y los estados deben asumir medidas preventivas ya que, el fenómeno, al menos en teoría, debería poderse prevenir **(2)**.

La prevención primaria es indispensable. No podemos hablar de grupos de riesgo *stricto sensu,* ni en agresores ni en víctimas. Todos los ni-

(*) Dra. María Pilar Marco Francia. Profesora de Derecho Penal y Criminología Universidad Complutense de Madrid.

(1) Vide LÓPEZ, F., CARPINTERO, E., MARTÍN, M. J., FUERTES, A., "Prevalencia y consecuencias del abuso sexual al menor en España", Child Abuse & Neglect, 1995, 19, pp. 1039-1050; PEREDA, N., FORNS, M.: "Prevalence and characteristics of child sexual abuse among Spanish university students", Child Abuse & Neglect, 417-426, 2007.

(2) GLASER, D., "Child sexual abuse", en RUTTER, M. T., Child and adolescent psychiatry, Blackwell Publishing, Oxford, 2003, p. 3.

ños y niñas pueden ser victimizados. Gracias a las investigaciones empíricas que se han realizado respecto a las víctimas, sabemos que las niñas son más victimizadas que los niños, pero puede ser que los niños tengan mayores tabúes que les limiten a la hora de denunciar. En lo que respecta a los agresores, sabemos que estos son en gran medida varones, pero también es cierto que desconocemos el ámbito de intervención de las mujeres en este tipo de delincuencia porque queda enmascarado en tareas que habitualmente estas realizan por roles de género. De igual forma, conocemos que entre un 25 a un 30% de los abusos y agresiones a menores son realizadas por otros niños o jóvenes menores de 18 años **(3)**. Por lo tanto, las intervenciones de carácter preventivo deberán tener un ámbito global, pero también local, preferentemente en el ámbito educativo y en la familia.

Con los conocimientos que en estos momentos tenemos del comportamiento de los delincuentes sexuales con víctimas menores de edad, debemos saber de sus comportamientos predatorios, y adelantarnos, en la medida de lo posible, a la comisión de los actos delictivos. Hay que atender a la evaluación y gestión de riesgos no solo en el contexto externo, sino también en el intrafamiliar que es donde se producen gran parte de los delitos de este tipo.

Tenemos que asumir que vivir en sociedad comporta múltiples riesgos y que, lamentablemente, no podemos proteger a todos, pero sí podemos intentarlo. Con los niños hay que realizar una labor pedagógica de gestión de riesgos, aumentando el nivel educativo de los menores para que puedan distinguir las conductas apropiadas de los adultos de las que no lo son, así como fomentar la comunicación entre padres e hijos, además de eliminar tabúes o secretos que impidan o dificulten dicha comunicación.

Los abusadores de menores buscan trabajos donde existan oportunidades para delinquir en los que puedan estar cerca de sus objetos de deseo por lo que sería una buena idea realizar entre los cuidadores, monitores o profesores, parejas mixtas que puedan detectar comportamientos "sospechosos" y observar a los menores y los cambios que se puedan realizar en sus actitudes ante los monitores e *inter pares*. También habría que fomentar la educación en la prevención, incluyendo en los currículos educativos cuestiones relativas a la sexualidad, a la identificación de los abusos sexuales en la infancia e instruir a los profesores para que puedan detectarlos y luchar contra ellos de manera temprana.

Respecto a la prevención secundaria habría que implementar medidas profilácticas en la forma de planes de formación de cara a la prevención de la comisión de estos delitos y de la detección de abusos en sus estadios más tempranos. Principalmente dirigidos al profesorado, y monitores, así como profesionales que estén en contacto habitual con menores y por supuesto, de sus padres y madres. E igualmente, para los casos en que ya se hayan producido los abusos, realizar planes de formación para poder atender a los menores víctimas de la manera más adecuada. Dirigiéndoles al recurso o intervención que sea más adecuado: social, psicológica, y/o médica a fin de que estos profesionales realicen las intervenciones de la forma más adecuada para que los niños involucrados resulten lo menos afectados posibles. Tal vez si utilizamos con todo el grupo familiar del menor, estrategias holísticas y centradas en la solución y no en el problema, podamos evitar daños mayores y evitar la ansiedad y el miedo tanto en los miembros adultos de la familia como en los niños y niñas que han sido víctimas directas del abuso sexual. Como señalan Lameiras y Orts (2014) **(4)**, es tan grande el desafío que necesitamos el compromiso de toda la sociedad.

La Prevención terciaria: potenciar los programas de atención psicológica y jurídica para las víctimas. Para el caso de que el daño se haya producido y nos encontremos ante

(3) McALINDEN, A., "Deconstructing victim and offender identities in discourses on child sexual abuse. Hierarchies, Blame and the Good/Evil Dialectic", British Journal of Criminology , 180-198, 2014, p. 190.

(4) LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., ORTS BERENGUER, E., "Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y social", Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

algún tipo de abuso se han de potenciar los programas de asistencia a las víctimas para minimizar los efectos del abuso. Se habrá que realizar un diagnóstico que habrá de intentarse que sea lo más acertado posible, utilizando los medios prospectivos adecuados a la edad del menor. Por ejemplo utilizando técnicas de dibujo con los menores que pueden ser indicativos de abusos sexuales y que podría valorarse su aportación en un juzgado junto con otras pruebas psicológicas y la declaración pericial del psicólogo que le haya atendido, ya que el uso únicamente de dibujos (donde figuren genitales, no lo haga o se omitan partes del cuerpo) para diagnosticar el abuso sexual de niños no ha podido ser demostrado con evidencia científica suficiente para soportarlo **(5)**. Estos programas deben tener un marcado carácter de atención temprana, lo que según Abdulrehman y Luca **(6)** es crítico para que una vez sean adultos su desenvolvimiento social sea el adecuado, posibilitando darles un tratamiento psicológico y social de carácter integral que evite la propagación de los daños y que estos puedan hacerse mayores. De igual forma, no se debe alarmar de manera exagerada a los niños, pensemos en que, por ejemplo, se haya producido solo un toqueteo sobre la ropa al que el niño no vaya a prestar demasiada importancia pero que los adultos pueden dotar de un contenido exagerado y de esa manera engrandecerlo mucho y provocar mayores daños en un niño que, si no le hubiéramos dado importancia para él hubiera pasado inadvertido.

Evitar la victimización secundaria es esencial. En muchas ocasiones hace más daño el paso por el sistema que la victimización por el propio delito. Dar prioridad a la instrucción de estos asuntos, dotar de abogado a la víctima, impulsar la prueba preconstituida y la utilización de las nuevas tecnologías para las exploraciones del menor. Igualmente es importante formar a los intervinientes en el proceso policial-judicial en psicología evolutiva para saber cómo tratar al menor y de establecer protocolos que hagan un papel de guía.

III. El abusador sexual de menores

Es necesario realizar investigaciones que nos den información sobre la prevalencia de estos delitos, preferentemente empíricos y también acudir a metodología cualitativa de investigación a través de entrevistas en profundidad con agresores y víctimas. Se echa en falta una investigación de tipo longitudinal a nivel estatal de la reincidencia de los agresores sexuales de menores, que justifiquen los cambios legislativos en la materia. La reincidencia podría ser tenida en cuenta en los datos del INE, incluyendo (ya que tienen acceso a los datos del registro de penados) tanto la reincidencia en sentido estricto como la reiteración delictiva (ambos datos constan tanto en los escritos de acusación como en las sentencias condenatorias).

Si los estudios de corte criminológico se ampliasen a otro tipo de delincuencia violenta, también podríamos aprender más sobre la "peligrosidad" de determinados individuos y poner en marcha medidas para conjurar dicha peligrosidad con medidas legales.

En cuanto a las investigaciones que se están realizando en neurociencias, las modernas técnicas de neuroimagen nos ofrecen una ventana a un mundo por descubrir apasionante. Conocer más de las bases biológicas de nuestra conducta es muy importante de cara a un futuro establecer posibles tratamientos de los agresores o incluso de determinar con mayor precisión la existencia o no de un riesgo de reiteración delictiva. Ahora bien, de ninguna manera podemos, ni debemos, abordar el fenómeno de la delincuencia sexual contra menores de 16 años desde una perspectiva biológica reduccionista basada únicamente en una aproximación neurocriminológica. Los factores sociales, de acuerdo con Raine **(7)** tienen una importancia crítica, ya que interactúan con los factores biológicos que predispongan el sujeto a la violencia. Somos

(5) ALLEN, B., TUSSEY, C., "Can projective drawings detect if a child experienced sexual or physical abuse? A systematic review of the controlled research", Trauma, violence & abuse 13, 13, 97-111, 2012.

(6) ABDULREHMAN, R. Y.; DE LUCA, R. V., "The Implications of Childhood Sexual Abuse on Adult Social Behavior", Journal of Family Violence, 193-203, 2001, p. 201.

(7) RAINE, A., "The anatomy of violence. The biological roots of crime", Allen Lane, London, 2013, p. 9.

el delicado resultado de numerosas interacciones psicosociales con una combinación genética que conforma seres únicos e irrepetibles (herencia, maduración y medio ambiente). Los casos estudiados son pocos, y generalmente se hacen dentro de población carcelaria, por lo que las investigaciones estudiadas tienen limitaciones, y no se pueden extrapolar a la población general hasta que no hayan sido testadas a ese nivel.

La figura del agresor externo existe, pero parece más frecuente que el seno de los abusos se encuentre en la familia o en el círculo cercano. Además, se minusvaloran opciones como la posible existencia de agresores sexuales de menores jóvenes o de mujeres que merecerían una investigación ulterior.

III.1. El agresor sexual de menores, psicopatías y pedofilia

No todos los abusadores/agresores de menores padecen una psicopatía o parafilia. Incluso en el caso de que concurran, será esencial la valoración de sus elementos cognoscitivos y volitivos, a fin de evaluar su responsabilidad penal. Ahora bien, si se determina la existencia de una psicopatía o pedofilia, esto refuerza la necesidad de examinar cuidadosamente cada caso en concreto. Por tanto, habrá que valorar si existe una disminución de la responsabilidad penal y administrar un tratamiento, aunque la probabilidad de éxito sea pequeña.

En este aspecto, sería posible la valoración o evaluación del delincuente en equipos interdisciplinares en los que coexistiera la figura del criminólogo junto con los psicólogos, a la hora de evaluar en el equipo la idoneidad o no del tratamiento para ese delincuente sexual tras realizar un análisis criminológico del *iter* penal y valorando conjuntamente en el equipo si ese tratamiento podrá provocar un cambio real en la conducta del sujeto, y creando un tratamiento a medida de las necesidades del individuo.

III.2. Necesidad de datos estadísticos fiables y disponibles

También se necesitan en nuestro país que los datos estadísticos se unifiquen y se desglosen de una manera adecuada que nos permita la investigación. No es asumible que los datos del INE sean tan escasos en cantidad y calidad, como por ejemplo en el desglose por delitos y sexo del autor y/o víctima. En muchas ocasiones encontramos datos procesados, sin poder acceder a los datos en bruto.

IV. Posibles formas de afrontar el fenómeno de los abusos sexuales a niños desde el derecho penal

El Derecho Penal no es la (única) solución. El Derecho Penal sanciona con una pena determinados comportamientos que atentan contra bienes jurídicos que se valoran como importantes para la sociedad. Una segunda violencia que se añade al delito en palabras de Ferrajoli **(8)**. Hay que hacer una propuesta de un Derecho Penal mínimo, y una refundación garantista en nuestra opinión, no solo de la jurisdicción penal sino también de la ejecución penal. En síntesis: Menos delitos y menos penas privativas y mejor administradas, desde el punto de vista de la humanidad y del tratamiento del delincuente interno en prisión. Siguiendo a Demetrio Crespo **(9)**: "(...) poniendo al ser humano y sus derechos en el centro, se establecen las vías para contrarrestar la tendencia inmanente al autoritarismo que caracteriza al Derecho Penal". Como acertadamente señala Arroyo **(10)**, el gran reto que afrontan los países es el establecimiento de un desarrollo penitenciario que no imposibilite la resocialización.

La vida en prisión de un interno, sea del tipo que sea es eminentemente adaptativa. Es un interno forzado en un mundo extraño y alie-

(8) FERRAJOLI, L., "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1995, p. 21.

(9) DEMETRIO CRESPO, E., "La Constitución y el sistema de sanciones", en FERNANDO VELÁSQUEZ, F.; VARGAS LOZANO, R., Derecho Penal y Constitución (págs. 71-130), Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2014, p. 115.

(10) ARROYO ZAPATERO, L. A., "Política criminal y Estado de Derecho en las Sociedades contemporáneas", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/a20411.pdf [fecha última consulta 15 de enero de 2021], p. 13.

nante, en compañía de personas cuya amistad tal vez nunca habría buscado en el exterior y en el que uno se adapta para sobrevivir. La vida en prisión tiene unas normas que hay que cumplir, y los internos crean una apariencia de cumplir y aceptar su pena de prisión y arrepentirse de la comisión del ilícito delictivo. La obtención de terapia en las prisiones es muy difícil por la falta de recursos materiales y personales, y los requisitos penitenciarios y psicosociológicos para acceder a los mismos. El tratamiento es necesario, la tasa de reincidencia es mucho menor para agresores sexuales con tratamiento, que para los que no fueron tratados. Esas personas dependen del acceso a los cursos para acreditar una buena conducta con carácter proactivo para acceder a permisos penitenciarios, a un tercer grado y a una ahora escasa solicitud libertad condicional (tras la última reforma) y para quedar libres de forma completa en el caso de que se les haya impuesto la medida de libertad vigilada. Probablemente, en la mayor parte de los casos ese será el objetivo real, ya que la Junta de Tratamiento nunca les progresará en grado si no cumplimentan estos cursos **(11)**. Estaríamos hablando de una motivación externa que decae en el mismo momento que se cumple con el objetivo, cuando lo que buscamos es un cambio permanente en el individuo y que este tome conciencia del daño causado y de la existencia de un problema.

Por tanto, sería necesario aumentar los programas de tratamiento para agresores sexuales en los centros penitenciarios, que se podría realizar ampliando la plantilla de psicólogos en prisión o a través de convenios con Colegios de Psicólogos o Universidades. La prisión no puede, ni debe ser sin más, un lugar donde tener a buen recaudo personas que, simplemente esperan pasar el tiempo. Ha de estar orientada a la reeducación y reinserción social de verdad, y si eso no es posible, habrá que estudiar maneras alternativas de castigo, u optar por castigar menos, y educar más. También habría que valorar la introducción de programas de justicia restaurativa con agresores sexuales juveniles donde no existiera gran asimetría en la relación con la víctima.

Tenemos que establecer líneas político criminales claras, y no los actuales vaivenes al arbitrio de las últimas noticias de los medios de comunicación. Necesitamos estudios criminológicos rigurosos, estadísticas oficiales detalladas, adecuadas y exactas en las que además de los datos referentes al condenado se incluyan datos referentes a la víctima, especialmente su edad, a fin de conocer el exacto terreno en el que nos movemos. Respecto a las penas, de la misma forma que la libertad vigilada es la medida estrella en la reforma de menores, deberían implantarse menos penas privativas de libertad, y establecerse un sistema de evitación de las mismas basado en reglas de conducta en sentido positivo, al estilo de la *probation* de Reino Unido. La prisión debería reservarse para los casos imprescindibles donde la defensa de la sociedad mediante la inocuización del delincuente sea necesaria, y siempre por el tiempo imprescindible, habida cuenta de los delitos cometidos por su autor, y deberá estar orientado a su reintegración a la sociedad.

Además, y si bien no cabe duda de que (todos) los delitos y, concretamente los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores han de ser castigados, la solución a este problema ha de ser multidisciplinar, nunca limitado al Derecho Penal. La víctima, una vez han sucedido los hechos, ha de ser tratada con la mayor celeridad por profesionales que le proporcionen una respuesta interdisciplinar: abogados, psicólogos, criminólogos y trabajadores sociales.

Del mismo modo, el presunto agresor goza de la presunción de inocencia y una vez condenado, en su caso, hay que recordar que el art. 25 de la Constitución orienta las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social por lo que no podemos relegar a una mera inocuización del delincuente “de por vida” y

(11) Respecto a la implementación de la medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada imputables vide MARCO FRANCIA, M. P., "Pasado, presente y futuro de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2020, t. 73, pp. 553-599, y MARCO FRANCIA, M. P., "La medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables. Su implementación práctica a través de treinta casos", REUS, 2021 (en prensa).

este debe tener derecho a un tratamiento que sea libremente aceptado por el recluso. No nos hacen falta más leyes ni penas más duras, sino una mayor diligencia en su aplicación y un proceso penal ágil, lo que significa que tenga medios personales y materiales adecuados, y siempre respetando todas las garantías (y no únicamente recortando plazos de instrucción sin llevar aparejado un incremento de medios). Estamos en una época de recortes: de derechos, con uno de los Códigos Penales más duros de Europa con el punitivismo exacerbado como estandarte, la baja retribución de los abogados del turno de oficio, la sobrecarga de los juzgados penales con asuntos pendientes de juicio (en ocasiones con una década de retraso) y de ejecutorias con numerosos incidentes. Todo ello afecta a los derechos de las personas que están a la espera de juicio o que ya han sido condenados a una pena de prisión, generalmente en cárceles de gran tamaño donde son poco más de un número, y el tratamiento es difícil debido al gran número de internos y al poco personal de Instituciones Penitenciarias que pueda prestar el tratamiento.

Nuestro Derecho penal es un derecho eminentemente garantista —y no podemos permitir que sea de otra forma, pese a las múltiples banderas que se ondean en pro de la seguridad. Especialmente, en momentos en los que los medios de comunicación extienden el miedo al individuo peligroso. Establecer una suerte de Derecho penal preventivo sería volver a la ley de peligrosidad y rehabilitación social o a la Ley de vagos y maleantes con sus "estados peligrosos" y con el riesgo cierto y real de poder aplicar medidas preventivas a personas que no hubieran cometido esos delitos, lo que denominamos como "falsos positivos". El hecho de privar o limitar la libertad de alguien que puede que cometa un delito en el futuro, algo que hemos visto en películas como "Minority report" puede ser evocado desde la fantasía, pero nunca podremos saber a ciencia cierta si alguien cometerá un delito o no. Además, con gran probabilidad incurriríamos en el error de conceptuar como peligrosos a determinados colectivos que, como sabemos no tienen por qué estar dentro de las categorías de delincuente sexual.

Cambiar no es fácil, a nivel de introspección personal todos lo sabemos. Tenemos comportamientos pequeños y nocivos que son difíciles de erradicar. Pensemos en los hábitos consolidados durante toda una vida que puede tener un agresor sexual de menores: de menosprecio por la víctima, con comportamientos sexuales desviados, sin mencionar que pueda tener una patología o trastorno mental, que aunque no le haga ser inimputable en el sentido jurídico porque no afecte a sus capacidades intelectivas y volitivas, esté presente y en relación con el delito cometido. Es muy difícil, por no decir imposible que una persona con esas características mejore en prisión, máxime con las penas tan graves que cumplen, en muchas ocasiones sin que se le conceda permiso alguno y, si no hay progresado al tercer grado, cumpliendo íntegramente la pena privativa de libertad, sin acceder a la libertad condicional. Ese medio ambiente que le rodea, absolutamente represor y artificial, no es un contexto adecuado para un cambio positivo, y mucho menos, tras un periodo largo en prisión, con la deshumanización que conlleva. Además, el interno lo que hace es tener un comportamiento eminentemente adaptativo, pese a que no crea en el tratamiento, se somete y participa en el de forma acomodaticia para conseguir sus fines de mejora en su régimen penitenciario.

V. ¿Qué hacemos con el abusador sexual de menores?

La cuestión no es en absoluto sencilla de contestar, dependerá del delito cometido, de la edad, de la peligrosidad del delincuente que se deduzca del delito cometido, de su reincidencia o no, de su rehabilitación o no tras la pena impuesta. En base a ello, nuestra propuesta iría encaminada a dos vías diferentes:

1) En primer lugar, respecto a los agresores sexuales menores de edad y habida cuenta de que un delincuente sexual no surge por generación espontánea (aunque sí exista un primer día que cometa un ilícito: siempre hay una primera vez), es decir, habrá ido dando señales a lo largo de su vida, lo más apropiado sería realizar estudios psicosociales y criminológicos sobre menores agresores sexuales que estén sometidos a

alguna de las medidas que les sean impuestas por el Juzgado de Menores y se les realice algún tipo de seguimiento (ulterior al cumplimiento de la medida de reforma que se le imponga), por parte de los servicios sociales (que pueden ser los generales o establecer unos servicios especializados que podrían funcionar de forma similar a la *probation* británica) para ver cómo van evolucionando y estar atentos a si requieren una atención especial, de índole psicosocial, económica y/o educativa. De igual forma, y al ser un tema recurrente en los agresores sexuales de menores, que alegan haber sido objeto de abusos en su infancia, habría que realizar una intervención profesional y prioritaria sobre los menores víctimas, a fin de minimizar (en lo posible) las consecuencias de las agresiones sufridas para que las víctimas no se conviertan en victimarios.

Para los agresores sexuales de menores que sean mayores de edad, es importante que se les informe de su derecho a tratamiento y que se les potencie la necesidad de seguirlo con elementos que incentiven su adopción, trabajando más desde una perspectiva interna del individuo con actitudes proactivas al cambio personal, que desde una recompensa inmediata, a ser posible. En el caso de que no deseen ser tratados, esto debería verse reflejado en los informes de cara a otorgarles (o no) de los beneficios penitenciarios de que se trate, y de reflejarlo en el informe posterior si se ha impuesto en la sentencia condenatoria la medida de seguridad de la libertad vigilada, a la hora de evaluar su efectiva imposición tras el cumplimiento de la pena o no. Está demostrado científicamente que el tratamiento reduce los riesgos de reincidencia de estos sujetos y se han de agotar todas las posibilidades de tratamiento existentes antes de acudir a la vía que introduciremos después. Es prioritario que los programas para agresores sexuales de prisión sean accesibles a todos los internos que lo soliciten.

2) En segundo lugar, es absolutamente necesario un (re)planteamiento total de nuestro ordenamiento jurídico. Abordando la cuestión del adelgazamiento de un Cód. Penal que cada día acoge más y más figuras delictivas y se incumple el principio de intervención mínima del Derecho penal y su consideración como última ratio. Hacer de la multa la piedra angular del sistema para los delitos de menor gravedad, los trabajos en beneficio de la comunidad como su *alter ego,* y reservar la pena de prisión para los delitos graves, nos proporcionará recursos económicos para abordar el tratamiento de la delincuencia grave bien vía prisión o medida de seguridad. En palabras de Feijoo **(12)**: "la cuestión decisiva en materia político-criminal es cuándo se le puede imputar a una persona una pena por un hecho que resulta socialmente lesivo, y cuándo no queda más alternativa que castigar al responsable de dicho hecho".

Además, el abordaje político-criminal ha de optar por un derecho de la culpabilidad o un derecho de la peligrosidad, el uno o el otro, no los dos. No podemos endurecer las penas de manera tan brutal en aras de la reiteración delictiva (además del régimen penitenciario tan duro) y después, cuando ya hemos valorado esa circunstancia para agravar la pena, le impongamos una medida de seguridad por ser peligroso, habiendo respondido ya a la responsabilidad de sus actos mediante el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Si continuamos con la opción de la culpabilidad, habrá que continuar con el diseño dualista de las consecuencias jurídicas del delito tradicional en nuestro Derecho y lo que deberá es valorarse, con periciales psiquiátricas, o neuropsicológicas (con los modernos métodos de neuroimagen) si los agresores sexuales peligrosos violentos o psicópatas sexuales padecen algún tipo de patología que merme su capacidad de elegir, o de resistir a sus impulsos, y entonces lo que proceda sea imponer o bien una pena (si no se entiende que su imputabilidad está afectada) o una pena y una medida de seguridad si se estima su semi-imputabilidad, o una medida de seguridad para los inimputables ingresando a dicha persona en un centro de rehabilitación social donde se le ofrezca el mejor tratamiento posible para su rehabilitación y adaptación a la vida social sin peligros ulteriores. Estas cuestiones deberían ser asumidas por los abogados/as de la defensa, teniendo en cuenta la posibili-

(12) FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal", Euros editores SRL, Buenos Aires, 2007, p. 850.

dad de que existan estas alteraciones y que sean acordadas por el juez de instrucción de cara a su valoración, tanto en esa etapa, como en el plenario.

Como pequeña propuesta:

A) Para delincuentes sexuales con un nivel de peligrosidad baja a quienes se les suspenda la pena, se les podría imponer como condiciones para la suspensión alguna de las medidas que componen la medida de libertad vigilada (art. 106.1 Cód. Penal). Para los que tengan una peligrosidad media que se entiendan imputables, cabe continuar con un sistema flexible de penas y medidas de seguridad y con ello, la posibilidad de aplicar una medida de seguridad de libertad vigilada de manera posterior a la pena de prisión. En todo caso, su imposición deberá hacerse en la Sentencia condenatoria (sin fijar las medidas *a priori*), siempre sí y solo sí que la pena privativa de libertad fracase en su intento de rehabilitación y reinserción social (pero potenciando los fines y medios de rehabilitación en prisión), de la misma forma en que está establecido para la libertad vigilada en su regulación actual, pero dotando a la figura de componentes reeducativos y de reinserción, con la figura de un Delegado que les acompañe, y no como está establecida en la actualidad.

B) Para casos de mayor riesgo, donde exista una peligrosidad grave, demostrada con la comisión de delitos previos que las condenas de prisión anteriores no hayan podido aminorar, y por lo tanto, donde su peligrosidad subsista. Nos referimos a ese 10% de agresores sexuales que la doctrina estima inmunes al tratamiento (pensemos por ejemplo en casos en los que el delincuente vuelva a cometer un delito sexual estando vigente una medida de libertad vigilada). Y que por tanto tengan una alta peligrosidad, entendida como riesgo inminente de reiteración delictiva violenta de agresiones o abusos sexuales, por padecer el delincuente condenado algún trastorno mental, que no le incapacite penalmente, pero que sí haga que el riesgo de reincidir sea alto o muy alto, por no poder (o no querer) controlar sus impulsos sexuales (trastornos de la personalidad o parafilias como la pedofilia).

Para los penados que ya hayan sido condenados a dos delitos sexuales graves, o uno muy grave, y que, a pesar de haber cumplido sus penas de prisión y recibido tratamiento —y exista una patología mental subsiguiente que afecte a su capacidad de culpabilidad—, cometan un tercer o segundo delito, sugerimos la creación de centros de terapia sexual **(13)**, o de unidades específicas en centros penitenciarios si se entiende que es imputable. Igualmente, proponemos que, para la medida de internamiento en estos centros para personas con su capacidad de culpabilidad afectada no esté sujeta a límites en su parte inferior, estableciendo una duración mínima de la medida con respecto a la pena de prisión que habría correspondido al delito cometido y siguiendo estrictos controles semestrales donde se revise el tratamiento y si este no funciona, se propongan cambios.

El juicio de peligrosidad se realizará en función del juicio clínico de los profesionales (acompañado de métodos actuariales), que estén debidamente capacitados en valoración del riesgo de reiteración delictiva de acuerdo con la Recomendación CM/Rec(2014)3, y que será emitido a través de los informes que obren en su expediente y se utilizarán tanto los test de personalidad que sean necesarios, como los métodos actuariales adaptados a la población penitenciaria sexual española, formando debidamente a los peritos en el uso de estas herramientas actuariales. Tenemos que tener en cuenta que, aunque los internos condenados por agresiones sexuales contra menores (y que se podría generalizar también para otros agresores sexuales), sean observados y tratados en prisión, y aunque se sometan a tratamiento, existe poca asunción del problema y de reconocimiento de los hechos, por lo que las posibilidades de que exista riesgo de reinci-

(13) CEREZO MIR, J., "El tratamiento de los delincuentes habituales en el borrador de anteproyecto de Código Penal, Parte General", VV.AA, Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal, EDERSA, Madrid, 1993, ps. 249-255.

dencia a su salida del centro han de ser evaluadas con criterios no solo de juicio clínico, sino también estadísticos, cuya validez ha sido probada a nivel internacional.

C) Es igualmente importante que exista un seguimiento de los internos que hayan sido liberados condicionalmente o en libertad vigilada. El acompañamiento puede ser realizado a través de la utilización de la libertad vigilada reacondicionada, creando una estructura real donde la supervisión sea realizada a medida de las necesidades del sujeto, con controles periódicos y contacto inmediato con el liberado, a fin de poder detectar los problemas a medida que se vayan produciendo. También es interesante la fórmula de los *circles of support and accountability* que proporcionen al exrecluso de los apoyos sociales y estrategias de abordaje de problemas que les faciliten esos círculos. La implementación de estos círculos se está estudiando en estos momentos por parte de nuestras Instituciones Penitenciarias.

VI. Trabajos citados

ABDULREHMAN, R. Y., DE LUCA, R. V., "The Implications of Childhood Sexual Abuse on Adult Social Behavior", *Journal of Family Violence,* 193-203, 2001, p. 201.

ALLEN, B., TUSSEY, C., "Can projective drawings detect if a child experienced sexual or physical abuse? A systematic review of the controlled research", *Trauma, violence & abuse* 13 **(14)**, 13 **(15)**, 97-111, 2012.

ARROYO ZAPATERO, L. A., "Política criminal y Estado de Derecho en las Sociedades contemporáneas", *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.* Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/a20411.pdf [fecha última consulta 15 de enero de 2021], p. 13.

CEREZO MIR, J., "El tratamiento de los delincuentes habituales en el borrador de anteproyecto de Código Penal, Parte General", *VV.AA,* Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal, ps. 249-255, EDERSA, Madrid, 1993.

DEMETRIO CRESPO, E., "La Constitución y el sistema de sanciones", en VELÁSQUEZ, F. Fernando; Vargas Lozano, R., *Derecho Penal y Constitución (ps. 71-130),* Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2014, p. 115.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., "Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal", Euros editores SRL, Buenos Aires, 2007, p. 850.

FERRAJOLI, L., "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1995, p. 21.

GLASER, D., "Child sexual abuse" en RUTTER, M. T., *Child and adolescent psychiatry,* Blackwell Publishing, Oxford, 2003, p. 3.

LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., ORTS BERENGUER, E., "Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y social", Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

LÓPEZ, F., CARPINTERO, E., MARTÍN, M. J., FUERTES, A., "Prevalencia y consecuencias del abuso sexual al menor en España", *Child Abuse & Neglect,* 1995, 19 **(16)**, pp. 1039-1050.

MARCO FRANCIA, M. P., "Pasado, presente y futuro de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* 2020, t. 73, pp. 553-599.

MARCO FRANCIA, M. P., "La medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos impu-

(14) GLASER, D., "Child sexual abuse", en RUTTER, M. T., Child and adolescent psychiatry, Blackwell Publishing, Oxford, 2003, p. 3.

(15) GLASER, D., "Child sexual abuse", en RUTTER, M. T., Child and adolescent psychiatry, Blackwell Publishing, Oxford, 2003, p. 3.

(16) DEMETRIO CRESPO, E., "La Constitución y el sistema de sanciones", en FERNANDO VELÁSQUEZ, F.; VARGAS LOZANO, R., Derecho Penal y Constitución (págs. 71-130), Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2014, p. 115.

tables. Su implementación práctica a través de treinta casos", ed. REUS, 2021 (en prensa).

MC ALINDEN, A., "Deconstructing victim and offender identities in discourses on child sexual abuse. Hierarchies, Blame and the Good/Evil Dialectic", *British Journal of Criminology*, 180-198, 2014, p. 190.

PEREDA, N., FORNS, M., "Prevalence and characteristics of child sexual abuse among Spanish university students", *Child Abuse & Neglect,* 417-426, 2007.

RAINE, A., "The anatomy of violence. The biological roots of crime", Allen Lane, London, 2013, p. 9.

Análisis del delito de acoso sexual, su futura reforma y el debate en torno a su ubicación sistemática

Rosario De Vicente Martínez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Evolución legislativa del delito de acoso sexual.— III. El bien jurídico protegido.— IV. El tipo básico: el acoso sexual ambiental / horizontal.— V. Los tipos agravados: el acoso sexual con prevalimiento / el acoso sexual causal.— VI. El tipo hiperagravado: el acoso sexual por la especial vulnerabilidad de la víctima.— VII. El delito de acoso sexual en el Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.— VIII. Propuestas de ubicación sistemática del delito de acoso sexual.

I. Introducción

Se cumplen ahora veinte años del llamado "caso Nevenka". El 5 de marzo de 2021 Netflix estrenó *Nevenka*, docuserie sobre la primera sentencia condenatoria a un político por acoso sexual en España, en la que Nevenka Fernández rompe su silencio.

Nevenka Fernández, concejala del Ayuntamiento de Ponferrada, denunció a Ismael Álvarez, compañero de grupo municipal y alcalde de la localidad, su acosador, primero en los juzgados y luego en una rueda de prensa que causó un estupor general porque rompía con las reglas del juego establecidas. Nevenka tenía 26 años cuando denunció a su jefe que la acosaba sexualmente. Ganó el juicio, pero, tras ser consciente de la repulsa general que provocaba, decidió hacer la maleta y marcharse de España. Su acosador, entre tanto, se paseaba triunfalmente por Ponferrada, tomaba vinos aquí y allá, se le festejaban su hombría, su misoginia, su machismo, hasta el punto de que pocos años después, en 2011, volvió a presentarse a las municipales.

Como escribe Juan José Millás, en el diario *El País* de 26 de febrero de 2021, bajo el título "Nevenka Fernández y el precio de la verdad": "¿Cómo se atrevía esa cría de 26 años a denunciar la doble moral de aquellos a quienes debía su trabajo, su sueldo, su estatus y casi, casi, pensarían ellos, su existencia? Lo cierto es que se atrevió y que pagó por ello el alto precio de la disidencia. Si los suyos (la derecha política, por simplificar) la repudiaron, los ajenos (la izquierda, por continuar con la simplificación) trataron el asunto como un problema interno de un partido político conservador".

Años antes, en 2004, Juan José Millás escribió el relato de Nevenka, *Hay algo que no es como me dicen: el caso de Nevenka Fernández contra la realidad*.

Ismael Álvarez, el alcalde, tras ser condenado por un delito de acoso sexual por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en sentencia 1/2002, de 29 de mayo **(1)**, dimitió de todos sus cargos. Fue la primera sentencia con-

(*) Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Castilla-La Mancha.

(1) La sentencia pasó a los anales de las sentencias históricas por el duro y machista interrogatorio del entonces fiscal: "¡Usted no es la empleada de Hipercor que le tocan el trasero y tiene que aguantarse porque es el pan de sus hijos!", llegó a espetar. Finalmente, el entonces fiscal general del Estado, Jesús Cardenal, a propuesta del fiscal jefe de la Inspección, Juan José Martínez Zato, apartó al fiscal del caso basando su petición en el "acoso procesal" que ejerció el fiscal sobre la ex edil de Ponferrada Ne-

denatoria a un cargo político por este delito. La Justicia le obligó a pagar una multa de 9 meses con una cuota diaria de 24 euros (6.480 euros) y a indemnizar a Nevenka con 12.000 euros. La sentencia cuenta con un voto particular de uno de los magistrados a favor de la absolución del acusado. Quizás por ello, el acusado se animó y presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo quien en sentencia 1460/2003 de 7 noviembre, declaró haber lugar en parte al recurso y dictó segunda sentencia en la que rebajó la duración de la pena de multa de nueve a tres meses. El Tribunal Supremo consideró que los hechos no eran subsumibles en el subtipo agravado de abuso de superioridad del apartado segundo del art. 184 del Cód. Penal, porque este apartado "exige que se "hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica", y tal jerarquía es un elemento del tipo que no puede presumirse; y al no concurrir entre miembros nacidos de la soberanía popular, que se encuentran en igualdad de condiciones para ejercitar su cometido constitucional, es por lo que tenemos que estimar parcialmente el motivo, en este particular, y dictar segunda sentencia en donde se absolverá a Ismael A. R. de esta faceta delictiva, no obstante mantener la condena por el tipo básico" **(2)**.

Esta sentencia fue posible porque el Cód. Penal de 1995 introdujo como novedad, entre los delitos contra la libertad sexual, el delito de acoso sexual como figura autónoma. Con este delito el legislador de 1995 pretendía dar respuesta a reivindicaciones y presiones feministas, pero, por las críticas de que fue objeto, parece que ni siquiera resultó satisfactoria la respuesta del legislador a los sectores feministas pues al exigir el tipo penal que el sujeto activo se prevaliese de una situación de superioridad ya fuera laboral, docente o análoga, no cabía, por ejemplo, el acoso sexual callejero, por lo que la regulación penal recién estrenada parecía mostrarse insuficiente.

Era la primera vez que en el texto punitivo se incluía una modalidad de acoso punible bajo dicho término, aunque la figura no fuera por completo desconocida por el legislador anterior pues hay que recordar que en el Cód. Penal de 1973 se contaba con un tipo semejante, aunque relacionado con los funcionarios públicos. Fue la reforma de 1989 la encargada de reemplazar la expresión "Abusos contra la honestidad" en la rúbrica del Capítulo VIII del Título VII, "De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", por la de "De las limitaciones a la libertad sexual". Los arts. 383 y 384 tipificaban abusos de situaciones de prevalimiento parecidas al delito de estupro al castigar en el art. 383 con la pena de inhabilitación especial al funcionario que "solicitare sexualmente" a una persona que para sí misma o para su cónyuge o persona a quien se halle ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de resolución de aquel, o acerca de las cuales debiera evacuar informe o elevar consulta a su superior. Por su parte, el art. 384 castigaba con prisión menor, además de la pena de inhabilitación especial, al funcionario de prisiones que solicitare sexualmente a una persona sujeta a su guarda o a alguna relacionada con ella **(3)**.

Por tanto, hasta la reforma penal de 2010 el término "acoso" aparecía únicamente en el Cód. Penal en relación con el delito de acoso sexual, en concreto en el art. 184. Con la refor-

venka Fernández y en el "clamor de repulsa" que provocó su actitud en la sociedad.

(2) La sentencia cuenta con dos votos particulares. Uno del Magistrado José Manuel Maza Martín que considera "en coincidencia por otra parte con el miembro del Tribunal "a quo" que emitió Voto Particular en discrepancia con la conclusión condenatoria de la Audiencia, que debería haberse estimado el motivo Sexto y último del Recurso del condenado en la instancia, formulado al amparo del art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 184.1 y 2 del Cód. Penal, procediendo, en consecuencia, su absolución por dicho delito"; y otro del Magistrado Diego Ramos Gancedo que entiende que "los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de acoso sexual del art. 184.1 CP, así como de un delito de lesiones del art. 147.1 del mismo Código, lo que configura un concurso delictivo ideal a sancionar conforme a lo dispuesto en el art. 77, procediendo imponer la pena de multa acordada en la sentencia de esta Sala y un año de prisión por el delito de lesiones".

(3) Sobre la reforma penal de 1989, Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, "De las limitaciones a la libertad sexual (Las modificaciones del Capítulo VIII del Título VII)", en MUÑOZ CONDE (coord.), La reforma penal de 1989, Tecnos, Madrid, 198, ps. 44 y 45.

ma penal de 2010, se incorporaron tres nuevos delitos de acoso al Cód. Penal **(4)**. En primer lugar, el delito de acoso laboral del art. 173.1, párr. segundo **(5)**, para sancionar conductas de hostigamiento o humillación en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial que se realicen prevaliéndose el sujeto activo de una relación de superioridad y que supongan grave acoso contra la víctima. Esta incorporación se debe a la reacción de la jurisprudencia que demandaba castigar penalmente estas conductas **(6)**; en segundo lugar, el delito de acoso inmobiliario del art. 173.1, párr. tercero **(7)**, ambos entre los delitos de torturas y contra la integridad moral. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Cód. Penal justifica estas incorporaciones afirmando: "Dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiendo por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas.

Igualmente, al hilo de la proliferación, durante la última década, de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda, se sanciona también el acoso inmobiliario. Con ello se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores. Distintos pronunciamientos judiciales habían venido poniendo de manifiesto las dificultades que para la represión de estas conductas se derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno".

En tercer lugar, el denominado *online child grooming* o ciberacoso sexual a menores regulado en el art. 183 *ter* **(8)**, entre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en concreto, en el Capítulo II *bis* "De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años", justificado en la Exposición de Motivos en el hecho de que "la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, se introduce un nuevo art. 183 *bis* mediante el que se regula el internacionalmente denominado "child grooming", previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño".

(4) Vid. más ampliamente en MUÑOZ CONDE, Francisco, "Diversas modalidades de acoso punible en el Código Penal", en MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), El acoso: tratamiento penal y procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, ps. 15 y ss.; DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, "El acoso ante el derecho: fronteras interdisciplinares", Diario La Ley, nro. 9112, de 5 de enero de 2018.

(5) Sobre el delito de acoso laboral, puede verse, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel, "Las conductas de acoso como delitos contra la integridad moral", en MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), El acoso: tratamiento penal y procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, ps. 62 y ss.

(6) A título de ejemplo, Vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 201/2004, de 6 de mayo, en el que se leía: "el acoso moral en el trabajo, en sus manifestaciones más graves, puede y debería ser objeto de protección penal, incumbiéndole al legislador democrático una apuesta determinativa del contorno de protección, mediante una definición precisa de la acción típica y de los elementos normativos y descriptivos que deben integrarla".

(7) Sobre el delito de acoso inmobiliario, puede verse, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, "El acoso inmobiliario: un nuevo delito más al cesto del Derecho penal", en SERRANO-PIEDECASAS / DEMETRIO CRESPO (dirs.), Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo, Colex, Madrid, 2010, ps. 203 y ss.; más recientemente, ABADÍAS SELMA, ALFREDO, "La bifronte regulación del acoso inmobiliario, o cruenta realidad de los "inmuebles con bicho", en ALAPONT, León (dir.), Temas Clave de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España, JM Bosch, Barcelona, 2021, ps. 21 y ss.

(8) Sobre el delito de ciberacoso sexual a menores, puede verse, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, "El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores", Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Posteriormente, la reforma penal de 2015 incrementó el catálogo con la incorporación al Cód. Penal de un nuevo delito de acoso u hostigamiento, conocido por el anglicismo *stalking*, en el art. 172 *ter* **(9)**, entre los delitos contra la libertad, concretamente en el Capítulo III, "De las coacciones", para sancionar el acoso a una persona llevado a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, mediante alguna de las diferentes conductas que se relacionan en el precepto, tales como vigilancia, persecución, contacto a través de cualquier medio de comunicación, etc., y, de este modo, alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima **(10)**.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Cód. Penal, el legislador denomina a esta nueva figura delictiva con el término "acoso": "Dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento".

Finalmente, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual aprobado por el Gobierno el 3 de marzo de 2020, incrementa el catálogo de delitos de acoso incorporando al Cód. Penal el denominado delito de acoso sexual callejero al introducir un nuevo segundo párr. en el apart. 4 del art. 173 que dispone: "Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones sexuales o sexistas que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad" **(11)**.

El Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de 25 de febrero de 2021 no se muestra decididamente partidario de la tipificación de este nuevo acoso: "desde los postulados del principio de intervención mínima del Derecho Penal, debería ceñirse el espacio típico a aquellas conductas con entidad suficiente para lesionar el bien jurídico, bien por el contexto relacional en que se producen bien por la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo" **(12)**. Por su parte, el Consejo Fiscal en su Informe sobre el Anteproyecto interesó asignar menor pena al delito de acoso sexual callejero por suponer una quiebra del principio de proporcionalidad, si se atiende a la sanción asignada a conductas tales como el delito leve de lesiones del art. 147.2, por ejemplo. Asimismo, considera que, por respeto al principio de taxatividad penal, la referencia a "otros delitos de mayor gravedad", debería figurar en singular y no en plural **(13)**.

La regulación más antigua sobre el acoso sexual callejero aparece en Nueva Delhi en 1984. En la Unión Europea solo Bélgica, Portugal y Francia cuentan con una regulación específica. Por ejemplo, en el país galo, la ley 2018-703, de 3 de agosto de 2018, que refuerza la lucha contra la violencia sexual y de género, en su art. 15 añade al Libro VI del Cód. Penal un nuevo Título

(9) Sobre el delito de stalking, puede verse, TAPIA BALLESTEROS, Patricia, "El nuevo delito de acoso o stalking", Bosch, Barcelona, 2016.

(10) En el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual la expresión actual "altere gravemente la vida cotidiana de la víctima" se modifica con la sustitución del adverbio "gravemente" por la fórmula "de cualquier modo", para evitar que si la alteración de la vida cotidiana de la víctima no es grave la conducta quede impune.

(11) Sobre este nuevo delito, Vid., CÁMARA ARROYO, Sergio, "La complicada tipificación del delito de acoso sexual o sexista en la vía pública", en La Ley Penal, nro. 147, 2020.

(12) Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ps. 73 y 74.

(13) Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ps. 59 y ss.

II que en su art. 621.1 sanciona el acoso callejero con una multa y lo define como el "imponer a una persona cualquier comentario o comportamiento sexual o sexista que perjudique su dignidad debido a su carácter degradante o humillante o cree una situación intimidatoria, hostil u ofensiva contra él o ella."

La creación o proliferación de distintos tipos delictivos de acoso se debe en buena parte, como afirma Muñoz Conde, al deseo del legislador de que una interpretación demasiado estricta de los delitos tradicionales contra la libertad y la libertad sexual, dejen sin sanción hechos que en una opinión pública muy sensibilizada considera que deben ser objetos de sanción penal **(14)**.

II. Evolución legislativa del delito de acoso sexual

Aunque es en 1995 cuando el Cód. Penal incorpora por primera vez en el texto punitivo el delito de acoso sexual, la existencia del acoso es tan antigua como la historia de las relaciones laborales. Lo único que ha cambiado es su foro: de la clásica situación de acoso en el ámbito de las relaciones de servicio doméstico, donde la persona sirviente, normalmente mujer, tenía que soportar los excesos y caprichos de quien era su fuente de ingresos, se ha pasado a un contexto distinto o, como relata Gómez Rivero, a un contexto más amplio en donde el delantal se cambia por el traje, los instrumentos de limpieza por el ordenador y el recinto domiciliario por una empresa o centro de educación o de trabajo. La realidad es exactamente la misma. La vejación y la humillación es tan indignante y grave en un contexto como en otro **(15)**.

El Cód. Penal de 1995 dedica el Capítulo III, "Del acoso sexual", del Título VIII, "Delitos contra la libertad sexual", del Libro II del Cód. Penal, a tipificar el acoso sexual. El Proyecto de 1994 no contemplaba este delito, que fue introducido en el trámite de Ponencia en el Congreso de los Diputados, en virtud de tres enmiendas de los Grupos Parlamentarios Vasco, Popular e Izquierda Unida, si bien lo ubicaban en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores. El informe de la Ponencia aprobaba un nuevo art. 175 *bis,* "que recoge el espíritu de otras enmiendas presentadas" **(16)**. Dicho artículo formaba parte de un nuevo Capítulo II *bis* titulado "Del acoso sexual" y establecía: "El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses".

Al mes siguiente, el Dictamen de la Comisión y escrito de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno recogía el nuevo Capítulo II *bis,* "Del acoso sexual" y su art. 175 *bis* **(17)**. En el texto final aprobado el nuevo delito de acoso sexual fue incorporado al catálogo de delitos del Cód. Penal con el ordinal 184 pero con el mismo tenor literal. Llama la atención que, a pesar de tratarse de un delito nuevo, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Cód. Penal no contenga ninguna justificación, explicación o referencia a este nuevo precepto.

Hasta entonces la tutela en este ámbito se llevaba a cabo únicamente a través del derecho laboral. Fue la ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, en su art. 1°, la que incorporó al art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores de 1980, un inciso que decía: "comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual", en la relación de trabajo. En la Exposición de Motivos se justificaba dicho inciso en los siguientes términos: "en el plan de acción para

(14) MUÑOZ CONDE, Francisco, "Diversas modalidades de acoso punible en el Cód. Penal", ob. cit., p. 23.

(15) GÓMEZ RIVERO, Carmen, "El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto", Actualidad Jurídica Aranzadi, nro. 482, 2001.

(16) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, nro. 77-8, de 22 de mayo de 1995, p. 460.

(17) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, nro. 77-9, de 26 de junio de 1995, p. 598.

la igualdad de oportunidades de las mujeres, y dentro de los objetivos relativos a impedir la discriminación por razón de sexo, se señala que las mujeres están expuestas en mayor medida a la presión y al acoso sexual en el trabajo por parte de sus colegas y superiores, por lo que se hace necesario prevenir este tipo de situaciones.

Aunque en la normativa vigente se establecen ya derechos que pueden servir para prevenir las situaciones de acoso sexual en el trabajo, como son el del respeto a la intimidad del trabajador o trabajadora y a la consideración debida a su dignidad en la esfera laboral y el llamado derecho de protección en la esfera funcionarial, la efectividad de estos derechos genéricos exige una mayor clarificación a fin de que tales situaciones queden claramente integradas en la esfera de la tutela jurídica dispensada por tales preceptos".

Este artículo primero fue derogado por la letra e) de la Disposición Derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que, a su vez, fue derogado por el vigente Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuyo art. 4, bajo la rúbrica "Derecho laborales" en su apartado 2 establece que:

En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

"e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo".

Amplios sectores sociales consideraron entonces insuficiente la protección que brindaba y brinda el ordenamiento laboral y reclamaron la utilización del Derecho penal para la represión de estas conductas basándose principalmente en la Recomendación General núm. 19 sobre la violencia contra la mujer adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, establecido en virtud de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981.

El art. 24 de la citada Recomendación General dispone: "A la luz de las observaciones anteriores, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda que: (...)

g) Se adopten medidas preventivas y punitivas para acabar la trata de mujeres y la explotación sexual.

j) Los Estados Partes incluyan en sus informes datos sobre el hostigamiento sexual y sobre las medidas adoptadas para proteger a la mujer del hostigamiento sexual y de otras formas de violencia o coacción en el lugar de trabajo.

t) Los Estados Partes adopten todas las medidas jurídicas y de otra índole que sean necesarias para proteger eficazmente a las mujeres contra la violencia, entre ellas:

i) medidas jurídicas eficaces, como sanciones penales, recursos civiles e indemnización para protegerlas contra todo tipo de violencia, hasta la violencia y los malos tratos en la familia, la violencia sexual y el hostigamiento en el lugar de trabajo; (...)".

En 1995 con la aprobación del nuevo Cód. Penal, el denominado Cód. Penal de la democracia, el deseo de amplios sectores sociales se hizo realidad con la tipificación del acoso sexual como delito en el Cód. Penal que venía así a complementar la regulación laboral pero que planteó, de inmediato, la cuestión de cuándo se desborda el ámbito de protección propio del ordenamiento laboral o civil para adentrarse en la indudablemente más severa protección penal. Para la jurisprudencia "razones de una mayor y eficaz protección de las manifestaciones más graves de acoso sexual justifican la específica tipificación de esta conducta, debiendo concurrir, por así exigirlo el principio de legalidad, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan a esta figura delictiva" **(18)**.

(18) Sentencia del Tribunal Supremo 1135/2000, de 23 de junio. Reitera el mismo argumento, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 117/2020, de 21 de abril.

Pero mientras un sector de la doctrina celebraba la inclusión en el Cód. Penal de este delito **(19)**, otro, por el contrario, lo calificaba como "uno de los mayores fiascos de los que contiene el nuevo texto punitivo, sin duda alguna porque nuestro legislador ha prestado oído a posiciones demagógicas muy extremas e irreflexivas" **(20)** o bien centraban sus críticas en el efecto privilegiado que conllevaba respecto a otros delitos del Cód. Penal **(21)**, o bien en que carecía de entidad suficiente como para ser calificada de delictiva, por lo que, en consecuencia, no debería formar parte de un Cód. Penal de la "Democracia", debiendo suprimirse de su texto sin dilación **(22)**, o bien por considerarlo innecesario tanto por el posible delito de amenazas que suponen, como por constituir tentativas del delito de abusos sexuales con prevalimiento **(23)**, o por bastar el ámbito laboral y administrativo-sancionador para cumplir los objetivos de protección de las disposiciones internacionales **(24)** o por tratarse de una nueva figura innecesaria y superflua, al poder reconducirse la conducta a las amenazas condicionales del art. 171.1, aplicando la circunstancia agravante de abuso de superioridad del art. 22.2ª **(25)**.

Como resumen acertadamente Baylos Grau / Terradillos Basoco, la inidoneidad de la opción legal puede atribuirse sobre todo no a los impulsores del tratamiento penal de la cuestión, sino a la carencia de un modelo político-criminal de referencia sólido, que hubiera permitido coordinar la respuesta penal y la laboral de acuerdo con criterios armónicos **(26)**.

El elemento central que caracterizaba a la situación típica era el prevalimiento de determinadas situaciones de superioridad del autor sobre el sujeto pasivo (laborales, docentes o análogas), es decir, que proporcionaran al autor una posición de dominio de la que pudieran depender consecuencias favorables o desfavorables para la víctima. Se trataba de una estructura típica propia de las amenazas y, concretamente, de aquellas en las que se impone una condición (el favor sexual) de cuyo incumplimiento depende la realización de un mal no delictivo (la consecuencia desfavorable), sin que el culpable consiga su propósito, puesto que en tal caso se trataría de un abuso sexual por prevalimiento **(27)**.

Una de las primeras sentencias que apreciaron el delito de acoso sexual fue la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Cartagena de 3 de marzo de 1998. Según los hechos probados el propietario y gerente de una empresa le propuso a una de sus empleadas "ir a tomar unas copas con él, añadiendo que después harían "eso", aclarando que "ya sabía a lo que se refería, que no era tonta y no se chupaba el dedo", requiriéndole ese mismo día una respuesta, diciéndole que, de ser positiva "lo tendría todo en la empresa" y, en caso de negativa, "no tendría nada", esto es, no le haría contrato y tendría que marcharse, reclamándole el acusado a los dos días las llaves de la oficina; comunicándole que había decidido prescindir de sus servicios". La sentencia condena al propietario y gerente como autor de un delito de acoso sexual a la pena de 8 meses de multa, con cuota diaria de

(19) En este sentido, entre otros, SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, "El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación", Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 1995, p. 463; LARRAURI PIJOAN, Elena / SÁNCHEZ TORRES, Esther, "El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 13.

(20) Entre ellos, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "Los delitos contra la libertad sexual", en DEL ROSAL BLASCO (ed.), Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 175.

(21) En este sentido, entre otros, CANCIO MELIÁ, Manuel, "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual", LA LEY, 1996-6, 1631 y ss.

(22) CARMONA SALGADO, Concepción, "Addenda al Curso de Derecho penal español. Parte Especial", Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 55.

(23) OLAIZOLA NOGALES, Inés, "El delito de acoso sexual", Revista Aranzadi, nro. 1, 1998, p. 30.

(24) CUGAT MAURI, Miriam, "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en CÓRDOBA RODA / GARCÍA ARÁN (dirs.), Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Marcial Pons, Madrid, 2004, t. I, p. 371.

(25) Vid., por todos, DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio, "Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)", Ceura, Madrid, 1998, vol. II, p. 123

(26) BAYLOS GRAU, Antonio / TERRADILLOS BASOCO, Juan María, "Derecho penal del trabajo", Trotta, Madrid, 1997, 2ª ed., p. 200.

(27) LÓPEZ GARRIDO, Diego / GARCÍA ARÁN, Mercedes, "El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y debate parlamentario", Madrid, 1996, ps. 110 y 111.

2.000 ptas., a abonar en 8 plazos de un mes, el primer día hábil de cada uno y a que indemnice a la empleada en 500.000 ptas., con abono de la mitad de las costas, incluidas las de la acusación particular, absolviéndole, al propio tiempo, del delito de coacciones que también se le imputaba, con declaración de oficio de la mitad de las costas procesales. Sentencia que fue confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial de Murcia en sentencia 82/1998, de 21 de septiembre.

Se ha dicho que la virtualidad práctica de este delito es bastante escasa seguramente por ofrecer una dificultad de prueba considerable, por lo que cumple más una función social de represión específica de estas conductas que una efectiva punición penal **(28)**. Sin embargo, dada la naturaleza del delito de acoso sexual, hay que traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo sobre el valor de la declaración de la víctima como prueba de cargo que, según numerosa jurisprudencia **(29)**, puede ser prueba hábil suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, incluso "aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada".

Según los datos ofrecidos en la Memoria de la Fiscalía General del Estado en 2019, el número de condenados por delito de acoso sexual fue de 69, siendo 68 hombres y 1 mujer. Cifras que no son para despreciar.

En su redacción original el art. 184 solo contemplaba el acoso sexual "prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga", por lo que cuatro años más tarde, la reforma del art. 184 operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Cód. Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre **(30)**, le dio al delito de acoso sexual un contenido más amplio, pues junto al tipo ya existente, que pasó a integrar el número 2 del art. 184 con ligeras modificaciones, amplió las conductas punibles añadiendo los números 1 y 3, estableciendo, en consecuencia, cuatro tipos de conductas. En primer lugar, un tipo básico que tipifica lo que la doctrina ha denominado "acoso sexual ambiental", recogido en el número 1 del art. 184 cuya conducta típica consiste en solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocar a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; en segundo lugar, dos tipos agravados o cualificados previstos en el número 2 del precepto y cuyo primer inciso coincide con la redacción original del art. 184 y que se ha denominado por la doctrina como "abuso sexual con prevalimiento", "chantaje sexual" **(31)**, "acoso de intercambio" o "quid pro quo", esto es, el acoso sexual cometido prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, y el tipo agravado basado en la comisión del hecho con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación y, en cuarto lugar, un tipo hiperagravado por razón de la víctima previsto en el número 3 del precepto, "cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación". La reforma suprimió el término "análogas" por su absoluta indeterminación e incrementó notablemente las penas en este delito.

La reforma penal de 1999 además de modificar la rúbrica del Título VIII que pasaría a tener la siguiente redacción, "Delitos contra la

(28) Vid., VELÁZQUEZ BARÓN, Ángel, "Delito de acoso sexual", Bosch, Barcelona, 2004, 2ª ed., p. 14.

(29) Vid., por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo 97/2018, de 27 de febrero, 938/2016, de 15 de diciembre o la sentencia 514/2017, de 6 de julio.

(30) Sobre la reforma penal de 1999, Vid., DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, "La represión de la agresión, abuso y acoso sexual tras la reforma de 1999", Actualidad Penal, nro. 42, 1999, ps. 792 y ss.

(31) "Chantaje" porque el sujeto acosador utiliza las facultades de decisión que posee sobre la situación laboral de la trabajadora, dándole la opción entre sufrir un perjuicio en su condición laboral o realizar los comportamientos sexuales requeridos. Vid. MOLERO MANGLANO, Carlos, "El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999", Actualidad Laboral, nro. 1, 2000, p. 254.

libertad e indemnidad sexuales", modificó los Capítulos I a V de dicho Título, pasando el III a denominarse "Del acoso sexual".

El art. 184 quedo redactado con el siguiente tenor literal:

"1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el aparato 2 del presente artículo".

En el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Título VIII del Libro II del Cód. Penal de 1997 la Exposición de Motivos explicaba que: "los requerimientos de la Sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del repetido Cód. Penal de 23 de noviembre de 1995, han motivado que se complemente la reforma de la que se viene haciendo referencia con la revisión de los delitos de acoso sexual, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual cometidos ante mayores de edad, el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual, y la mera asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos. También en estos supuestos se han procurado conjugar las necesidades de la prevención general y especial con el irrenunciable principio de proporcionalidad de las penas en el contexto general de todas las infracciones tipificadas en el nuevo título de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", e introducía junto a la conducta de la solicitud de favores sexuales, la del que "realizare con ella actos de significación sexual no deseados por esta". El proyectado art. 184 disponía: "1. El que, en el ámbito de una relación de prestación de servicios, sea laboral o por cualquier otro título, docente, o análoga, solicitare sexualmente a otra persona, para sí o para un tercero, o realizare con ella otros actos de significación sexual no deseados por esta, y se produjera para la víctima una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses". El Proyecto también introducía una regla concursal en el apartado 4: "Lo dispuesto en los dos apartados anteriores se entenderá sin perjuicio de la pena que pudiere corresponder con arreglo a lo dispuesto en los arts. 169 y 171 de este Código, cuando esta fuere superior" **(32)**.

El delito de acoso sexual fue modificado nuevamente por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Cód. Penal, reforma que solo afecta a la penalidad. En primer lugar, dada la supresión de la pena de arresto del catálogo de penas previsto en el art. 33 del Cód. Penal, establece penas de prisión frente a las antiguas de arresto y, en segundo lugar, incrementa su duración. Tras la reforma de 2003, el art. 184 quedó con la siguiente redacción:

"1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

(32) Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, nro. 389-1, de 17 de octubre de 1997.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el aparato 2 de este artículo".

Aunque la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, reformó los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales con el fin de trasponer la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y pornografía infantil, dicha reforma no afectó en nada al delito de acoso sexual.

III. El bien jurídico protegido

La ubicación del delito de acoso sexual en el Título VIII dedicado a los delitos contra la libertad sexual y, desde la reforma penal de 1999, contra la libertad e indemnidad sexuales, es lo que seguramente ha llevado a un sector de la doctrina a afirmar que el bien jurídico protegido es la libertad sexual. Aunque mayoritariamente **(33)** se defiende que es la libertad sexual el bien jurídico protegido, no faltan voces en la doctrina **(34)** que entienden que el bien jurídico protegido es la integridad moral que es la que en definitiva resulta lesionada con el delito.

Desde la normativa internacional y española se configura el acoso sexual como conducta que atenta contra la dignidad y no tanto contra la libertad sexual. Así la Directiva 2006/547/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, al definir en su art. 2.d) el acoso sexual pone el acento en la dignidad o integridad moral de la persona. Igual ocurre en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres cuyo art. 7° establece: "1. Sin perjuicio de lo establecido en el Cód. Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo".

La integridad moral es definida por el Tribunal Supremo en su sentencia 1725/2001, de 3 de octubre, en los siguientes términos: "El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la 'integridad moral' y proscribe con carácter general los 'tratos degradantes'. La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto". Para el Tribunal Supremo el acoso sexual, al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el art. 18 de la Constitución, siendo igualmente un reflejo de su dignidad, enfatizado en el art. 10 de la misma (sentencia 721/2015, de 21 de octubre).

Anteriormente en sentencia 830/2014, de 28 de noviembre, el Tribunal Supremo ya había dejado claro que "lo que el tipo penal protege es el derecho a desempeñar la actividad en un entorno sin riesgo para la intimidad y libertad de la víctima".

También se ha pronunciado sobre el bien jurídico protegido el Tribunal Constitucional en la primera sentencia que dictó en materia de acoso. El Alto Tribunal, en sentencia 224/1999, de 13

(33) Vid. por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco, "Derecho Penal. Parte Especial", Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 22ª ed., p. 203.

(34) En este sentido, por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, "El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto", ob. cit., p. 5.

de diciembre, plantea si una trabajadora, como consecuencia de la conducta libidinosa del empresario, ha visto vulnerados sus derechos fundamentales y concretamente el que le garantiza la intimidad personal en el art. 18.1 de la Constitución, pues "en este se inscribe el derecho a la protección del trabajador contra el conocido también como "acoso sexual" en el ámbito laboral por cuanto se trata de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad, en desdoro de la dignidad humana (art. 10.1 C.E.)" y, añade "en el presente supuesto se dan los elementos definidores del acoso sexual. En primer lugar, no hay duda de que se produjo una conducta con tendencia libidinosa y, en concreto, tocamientos ocasionales o comentarios verbales de tal naturaleza. En segundo lugar, también ha quedado claro que la conducta no era deseada por la destinataria y finalmente que fue lo suficientemente grave, por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental de la trabajadora, generando así un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, no solo sentido como tal por la víctima, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su intimidad personal".

No obstante, una posición intermedia, a mi juicio acertadamente, considera que se protegen ambos bienes jurídicos, tanto la libertad sexual como la propia dignidad o integridad moral de la persona. Desde la doctrina lo entienden así Gómez Tomillo, para quien se tutela tanto la libertad sexual como la propia dignidad o integridad moral de la persona. Por lo que respecta a lo primero, resalta el autor citado, resulta claro a la vista tanto de la ubicación sistemática del precepto, como de su propia configuración, en la que tiene que estar presente la solicitación sexual. En cuanto a la dignidad o integridad moral es particularmente claro en la exigencia de que se produzca una situación grave y objetivamente humillante **(35)** o Olaizola Nogales quien afirma que el bien jurídico es la integridad moral de la persona en un determinado ámbito, aunque como telón de fondo aparece la libertad sexual **(36)**.

Desde la jurisprudencia se pronuncia en este sentido el voto particular del Magistrado Maza Martín a la sentencia del Tribunal Supremo 1460/2003, de 7 de noviembre, que sostiene: "nos hallamos ante una figura delictiva de carácter pluriofensivo que si, de una parte, integra un verdadero ataque a la dignidad de la persona, al exigir que el autor con su comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, también requiere la significación de un atentado a la libertad sexual, aun cuando protegida en este caso con el adelantamiento de las barreras punitivas derivado de su caracterización como mero delito 'de tendencia', no precisándose la producción de resultado alguno consumativo de la intención libidinosa, y por tanto de contenido sexual, ya que, en semejante supuesto, nos desplazaríamos hacia otras previsiones legales como las contenidas en los arts. 178 y siguientes del texto punitivo".

Por lo que se refiere al fundamento del delito, para el Tribunal Supremo el fundamento "del denominado 'acoso sexual ambiental' ('sexual harassment') hay que buscarlo en la mayor protección que debe dispensarse a las víctimas que se encuentren en uno de los ámbitos descritos en el tipo, en donde las relaciones se enmarcan en un segmento de mayor riesgo por la familiaridad, proximidad y asiduidad de la relación, con mayor facilidad para que las víctimas sean sometidas a tratos de naturaleza sexual por parte de sus potenciales hostigadores, de los que resulta difícil librarse por la continuidad de la relación, que favorece a los hostigadores la continuidad del acoso" (sentencia 721/2015, de 22 de octubre).

IV. El tipo básico: el acoso sexual ambiental / horizontal

Tras la reforma operada en 1999, el Cód. Penal regula cuatro tipos penales diferentes de acoso

(35) Vid. por todos, GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Artículo 184", en Comentarios Prácticos al Código Penal", GÓMEZ TOMILLO (dir.), t. II, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 539.

(36) OLAIZOLA NOGALES, Inés, "La relación entre el delito de acoso sexual y el delito de acoso laboral", en SIERRA HERNÁIZ / VALLEJO DACOSTA (dirs.), Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, p. 618.

sexual: un tipo básico, dos tipos agravados o cualificados y un tipo hiperagravado.

Antes de comenzar con el estudio del tipo básico es conveniente aclarar el propio concepto de acoso sexual dado que el término "acoso sexual" está carente en nuestro Cód. Penal de una definición concreta. Recuerda la sentencia del Tribunal Supremo 1135/2000, de 23 de junio, que ha sido la Comisión Europea, en su Recomendación de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, la que incluyó un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual, y a los efectos que nos interesa, contiene una definición de acoso sexual "como aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del varón en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales, en todo caso indeseados" y añade que "la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva y que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo". También la sentencia del Tribunal Constitucional 224/1999, de 13 de diciembre recurre a la citada Recomendación para conceptuar el acoso sexual que "consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador".

Por su parte, la Directiva 2002/73/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, aprobaba la modificación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo **(37)**, modificación dirigida a establecer en toda la Unión Europea un mismo concepto de acoso sexual y así en su art. 2°, apartado 2 dispone que "a efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- 'acoso': la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo,

- 'acoso sexual': la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo".

Y en el apartado 3 dice: "El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán.

El rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte".

En España es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres la que en el apartado 1 del art. 7° ofrece un concepto de acoso sexual al establecer: *Sin perjuicio de lo establecido en el Cód. Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.*

Definido el término "acoso sexual", el legislador español dedica el apartado 1 del art. 184 a tipificar el tipo básico del delito de acoso sexual al disponer: *El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.*

Aunque el Capítulo III del Título VIII lleva por rúbrica "Del acoso sexual" y así se ha denominado al delito, llama la atención que el término

(37) La Directiva 2002/73/CEE está ya derogada.

acoso no esté presente ni se le mencione como elemento integrante de la conducta típica.

Como observan Orts Berenguer / Suárez-Mira Rodríguez, esta modalidad básica de acoso nació, paradójicamente, cuatro años más tarde que la que constituye una de sus modalidades agravadas, la prevista en el apartado 2 del art. 184 **(38)** que, a diferencia de la misma, no exige la existencia de una situación de superioridad.

El tipo básico castiga el acoso sexual entre iguales, entre sujetos que comparten una misma posición en el ámbito laboral, docente o de prestación de servicios, que se caracteriza por enrarecer el ambiente de trabajo, de ahí su denominación como "acoso sexual ambiental". Como señala la sentencia del Tribunal Supremo 1460/2003, de 7 de noviembre "la doctrina científica ha entendido que se ha tipificado como tipo básico el denominado acoso ambiental, y no propiamente ya el constitutivo de abuso de superioridad (prevaliéndose el culpable de una situación de abuso de superioridad), que pasa ahora a ser considerado como un subtipo agravado, junto al acoso sexual causal". También el Tribunal Constitucional ha hecho uso del término acoso sexual ambiental y en su sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, afirma: "para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no solo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo".

La reforma penal de 1999 suprimió la referencia a "situaciones análogas" a la laboral o docente y, con buen criterio, concretó que dicha relación ha de ser laboral, docente o de prestación de servicios, lo que supuso no solo satisfacer las exigencias del principio de taxatividad, sino que, como apunta Gómez Rivero, vino a acotar y a precisar las situaciones en las que se legitima el recurso al Derecho penal para proteger dicho bien jurídico **(39)**.

Los sujetos activos y pasivos son indiferenciados. Lo único que exige el tipo es la existencia de una relación ya sea laboral, docente o de prestación de servicios entre los sujetos, que no requiere el aprovechamiento de una situación de superioridad siendo suficiente que la solicitud de contenido sexual provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante para el trabajador, sin existir un condicionamiento para el acceso al empleo, una condición laboral o el cese del trabajador, por lo que se multiplican los sujetos activos ya que además del empresario físico o un directivo, pueden serlo también los compañeros de trabajo, clientes o cualquier otra persona relacionada con la empresa.

El fundamento del "acoso ambiental" hay que buscarlo en la mayor protección que debe dispensarse a las víctimas que se encuentren en uno de los ámbitos señalados por el precepto: laboral, docente o de prestación de servicios, en donde las relaciones se enmarcan en un segmento de mayor riesgo a ser sometidas a tratos de naturaleza sexual por parte de sus potenciales hostigadores, en donde concurrirá de ordinario alguna situación de superioridad, pero que la Ley no exige, siendo también posible su consideración típica cuando el acoso sexual se produzca en un cuadro de horizontalidad.

En la sentencia del Tribunal Supremo 1460/2003, de 7 de noviembre, se enumeran los elementos que deben concurrir en el delito de acoso sexual y cita los siguientes: "a) la acción típica está constituida por la solicitud de favores sexuales; b) tales favores deben solicitarse tanto para el propio agente delictivo, como para un tercero; c) el ámbito en el cual se soliciten dichos favores lo ha de ser en el seno de

(38) ORTS BERENGUER, Enrique / SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, "Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 165.

(39) GÓMEZ RIVERO, Carmen, "El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto", ob. cit., p. 8.

una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual; d) con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; e) entre la acción que despliega el agente y el resultado exigido por la norma penal debe existir un adecuado enlace de causalidad; f) el autor tiene que obrar con dolo, no permitiendo la ley formas imprudentes en su comisión".

El tipo básico implica, por tanto, la presencia de tres elementos: en primer lugar, la solicitud de favores de naturaleza sexual a otra persona para sí o para un tercero, en segundo lugar, que dicha solicitud se realice en un determinado contexto, esto es, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual y, en tercer lugar, que se provoque a la víctima una situación grave y objetivamente intimidatoria, hostil o humillante. Elementos o requisitos que también deben concurrir o estar presentes en las modalidades agravadas.

IV.1. Solicitud de favores de naturaleza sexual

El elemento nuclear o central del delito de acoso sexual es la solicitud de favores sexuales. Como ha señalado Terradillos Basoco, nos hallamos ante una trasnochada fórmula legal que no puede interpretarse literalmente al ser incompatible con la intimidación o el prevalimiento. Quien se prevale o intimida no pide un favor. Por tanto "solicitar favores", como afirma el autor citado, debe identificarse con toda forma de petición, requerimiento, incitación u oferta de prácticas sexuales, incluso la realizada indirectamente, siempre que sea objetivamente idónea para lograr el efecto típico **(40)**.

Solicitar es pedir, manifestar que se quiere o desea alguna cosa o pretender una cosa con diligencia, por lo que la petición puede ser expresa o implícita si bien teniendo como contenido la demanda o petición de favores sexuales. Para la jurisprudencia tal requisito queda cumplido "cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado", de tal modo que dicha conducta resulte indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre (sentencia del Tribunal Supremo 1135/2000, de 23 de junio). Desde esta perspectiva el acoso sexual es algo previo, que persigue precisamente el abuso o la agresión sexual, pero que adquiere rasgos propios delictivos en función de la protección penal que se dispensa a la víctima cuando se produce dicha petición en el ámbito laboral, docente o de prestación de servicios (sentencia del Tribunal Supremo 1460/2003, de 7 de noviembre).

El precepto no limita los medios o vías de dicha solicitud por lo que son indiferentes, bien oralmente, por escrito, realización de dibujos obscenos, gestos, etc. Solo necesita ser exteriorizada de modo que pueda ser comprendida por el destinatario o como dice la sentencia del Tribunal Supremo 830/2014, de 28 de noviembre: "El comportamiento típico consiste en una directa e inequívoca solicitud a la víctima de comportamientos cuya administración le corresponde en su autonomía sexual. Es de subrayar que esa solicitud no tiene que ser necesariamente verbalizada, bastando que se exteriorice de manera que así pueda ser entendida por la persona destinataria".

Basta, por tanto, la mera solicitud ya sea realizada de forma explícita o implícita pero que, en todo caso, debe revelarse de manera inequívoca. La solicitud no tiene necesariamente que verbalizarse de forma explícita, sino que puede concretarse en la realización de actos concluyentes, como tocamientos o insinuaciones, aunque normalmente será de palabra. Para que la actitud requirente sea típica es preciso que se produzca el rechazo del destinatario o destinataria. De tal suerte que el delito se consuma desde su formulación, de cualquier manera, que sea si le sigue el efecto de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidato-

(40) TERRADILLOS BASOCO, Juan María, "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)", en TERRADILLOS BASOSO (coord.), Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Derecho Penal. Parte Especial, Iustel, Madrid, 2016, vol. 1, 2ª ed., t. II, p. 229. En este sentido también OLAIZOLA NOGALES, Inés, "La relación entre el delito de acoso sexual y el delito de acoso laboral", en Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas, ob. cit., p. 620, para quien la terminología empleada es muy criticable "no solo por tratarse de términos cursis y trasnochados, sino, y, sobre todo, porque cualquier significado del término favor tiene connotaciones positivas y está ligado a algo que se pide y se concede de buen grado".

ria, hostil o humillante, pero sin que sea necesario que alcance sus objetivos.

Aunque el tipo penal parece que, al menos literalmente, no exige más que una solicitud, se ha planteado en la doctrina y en la jurisprudencia si basta con una sola solicitud o, por el contrario, es necesaria una cierta reiteración.

En la doctrina Olaizola Nogales entiende que el tipo penal no exige una conducta reiterada, sino que admite que pueda llegar a consumarse con un solo requerimiento que genere objetivamente un clima hostil, humillante u ofensivo **(41)**, por el contrario, para Pomares Cinta el acoso sexual supone la realización de un comportamiento de hostigamiento reiterado o sistemático con ocasión del desempeño de la actividad laboral, basado en requerimientos por cualquier medio de expresión, de actos de contenido sexual **(42)**. En esta misma línea se pronuncia Gómez Rivero para quien la solicitud tiene que formularse de manera reiterada, porque solo cuando el acoso desborda un acto puntual de intimidación para proyectarse de forma continuada en el tiempo puede decirse que el bien jurídico afectado entronca con los conceptos más amplios de dignidad, seguridad, tranquilidad y bienestar que son los que dan sentido a la tutela penal del delito de acoso **(43)**. Puede sostenerse que es un requisito implícito la existencia de cierta reiteración de actos pues, como observa Gómez Tomillo, tal intelección quizá pudiera apoyarse en la rúbrica del Capítulo referida al acoso sexual, expresión que si bien no aparece en la redacción del tipo, parece implicar esa necesidad de una pluralidad de actos, si bien, literal y fácticamente no puede descartarse que, de forma excepcional, de la intensidad del requerimiento y de las circunstancias pudiera derivarse la existencia del delito **(44)**.

Se ha distinguido incluso según el tipo de acoso, así en el caso del tipo básico se exige contumacia y no en el acoso vertical, donde la relación de poder constituye un factor preponderante, tal de generar dicho estado incluso con una sola solicitud, atendida la índole de la misma y la situación de la víctima **(45)**.

Desde la jurisprudencia se opta por la segunda vía al considerar que una única solicitud difícilmente puede generar un clima hostil, humillante u ofensivo, por ello el Tribunal Supremo, en reiteradas ocasiones, ha estimado que la solicitud comienza a tener relevancia penal cuando se reitera tras el rechazo claro de la persona solicitada, que manifiesta que la considera ofensiva (por ejemplo, en sentencia 1460/2003, de 7 de noviembre). Desde la jurisprudencia menor también se opta por este entendimiento al considerar que es necesario que el sujeto persista a pesar de que la víctima lo ha rechazado, siendo precisas situaciones de cierta reiteración o insistencia por parte del agente (sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 219/2002, de 31 de julio, o sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 6/2003, de 21 de enero, que advierte: "en su redacción literal excluye la mera relación coyuntural o esporádica como es el caso, en el que la víctima fue a trabajar solo el día que ocurrieron los hechos, no pudiendo encuadrarse la conducta enjuiciada en dicho tipo delictivo, sin que quepa darle una interpretación extensiva de dicho artículo, pues ello vulneraría el principio de legalidad".)

Sin embargo, también es posible encontrar sentencias que, pese a que solo hubo un requerimiento, apreció un delito de acoso sexual, como sucede en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 82/1998, de 21 de septiembre.

(41) OLAIZOLA NOGALES, Inés, "La relación entre el delito de acoso sexual y el delito de acoso laboral", en Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas, ob. cit., p. 618.

(42) POMARES CINTA, Esther, "Caso práctico 2. Acoso sexual", en Casos reales de violencia y acoso en el trabajo. Análisis interdisciplinar de las sentencias más relevantes, Lettera Publicaciones SL, Bilbao, 2010, p. 104.

(43) Vid. GÓMEZ RIVERO, Carmen, "El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto", ob. cit., p. 9.

(44) GÓMEZ TOMILLO, Manuel, Artículo 184", en Comentarios Prácticos al Código Penal, ob. cit., p. 541.

(45) MORALES PRATS, Fermín / GARCÍA ALBERO, Ramón, "Del acoso sexual", en QUINTERO OLIVARES (dir.) MORALES PRATS (coord.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, 10ª ed., p. 359.

Aunque el tipo penal hable en singular de "solicitud", ello no se conjuga bien con el verbo acosar que, como recuerda la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 11 de febrero de 1991, "significa, entre otras acepciones, perseguir y fatigar a una persona ocasionándole molestias o trabajos". En esta misma línea la sentencia de 23 de agosto de 1994 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia lo define como "la conducta de perseguir y fatigar a una persona ocasionándole molestias y trabajos mediante propuestas de naturaleza sexual que resultan ofensivas para la víctima".

La solicitud debe tener carácter o naturaleza sexual al exigir el legislador que la solicitud recaiga sobre un "favor sexual". La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 396/2016, de 11 de julio considera que existe una clara solicitud de favor sexual en el hecho de pronunciar frases soeces de claro propósito sexual, llegando el acusado a mostrar los genitales a la víctima al tiempo que le impedía salir del lugar sujetando la puerta diciendo "mira cómo me pones, echamos un polvo".

La mayoría de la doctrina entiende por favor sexual cualquier petición de contenido sexual, por ello si se trata de comportamientos que se producen con ánimo de broma o mensajes de claro contenido sexual con ánimo jocoso deben excluirse del tipo penal y así lo entiende la sentencia de la Audiencia Provincial de León 18/2008, de 31 de enero.

La solicitud puede tener como destinatario el propio sujeto activo o bien un tercero, tal y como dispone el precepto: "para sí o para un tercero", cuyo sexo resulta indiferente. En estos casos, si se logra la consecución del propósito perseguido por el intermediario, este respondería por acoso y el tercero, si su dolo abarca el conocimiento del modo en que se obtuvo el favor, por un delito de abuso sexual. Incluso puede darse concurrencia delictiva si se consiguió la colaboración del intermediario mediante amenazas, chantaje, coacción, etc. **(46)**.

IV.2. Relación laboral, docente o de prestación de servicio, continuada o habitual

Tras la reforma penal de 1999 ya no es necesario que exista una relación de superioridad laboral o prevalente entre el solicitante de los favores sexuales y la víctima. Por ello, la mayoría de la doctrina considera que el legislador ha tipificado en el tipo básico el denominado acoso ambiental u horizontal que debe producirse entre iguales siendo el tipo agravado del apartado segundo del art. 184 el que acoge ahora las hipótesis en las que está presente una relación jerárquica.

El ámbito donde debe producirse la acción nuclear del tipo es definido por el legislador como "una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual", por tanto, solo es delictiva la solicitud si se da en dicho ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, por lo que es posible el acoso sexual horizontal.

Fue en la reforma penal de 1999 cuando se introdujo expresamente la categoría de prestación de servicios tomada del Derecho laboral, categoría que hace extensible el delito no solo al trabajo en régimen de dependencia y por cuenta ajena, sino a toda relación profesional existente entre las partes, quedando de esta manera también protegido el colectivo autónomo. La relación de servicios ha de predicarse, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo 721/2015, de 22 de octubre, del conjunto de relaciones personales resultantes de su consideración como componentes de una corporación local. En este caso se trataba de un guardia civil que acosaba a la víctima, también guardia civil, que soportó comentarios como: "Por qué no vienes conmigo a mi piscina que yo estoy solo y tú tienes que estar muy vienen bikini, mi mujer no llega hasta las siete y media... qué pena que tu pareja no pueda estar aquí todos los días porque tienes que sentirte muy solita... Yo a una chica como tú y con ese cuerpazo no le dejaba estar sola en Madrid... Tú aprovecha aquí en Madrid que eres muy joven e igual tu pareja lo está haciendo... Por qué no te vienes a mi casa en *culotte* y camiseta de ti-

(46) En el mismo sentido, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel / MENDOZA CALDERÓN, Silvia, "El acoso en Derecho penal: Una primera aproximación al tratamiento penal de las principales formas de acoso", Revista Penal, nro. 18, 2006, p. 199.

rantes que voy a pintar la habitación de la niña... Cuando te vayas a la playa me mandas una foto tuya en bikini que tienes que estar muy bien... Desde que mi mujer está embarazada no tenemos relaciones y yo no aguanto más, mira tú sola y yo así... como ya tienes el trabajo dominado vas a tener que hacer otro tipo de trabajitos para ganarte la vacante... tienes que ponerte de rodillas y hacerme una felación, etc.".

Para el Tribunal Supremo "satisface las exigencias del tipo penal, pues tal relación de servicios tiene que ser interpretada en el sentido de relación laboral, docente o afín a la misma, siendo meridianamente claro que la corporación municipal produce en su conjunto servicios públicos de incuestionable vocación continuada, incluso con rango constitucional".

La relación de prestación de servicios se caracteriza porque no hay entre los sujetos un vínculo laboral, sino que se trata de profesionales independientes que contratan unas prestaciones con más o menos asiduidad. Por ello, la prestación de servicios puede integrarse por situaciones, como las relaciones comerciales de cualquier índole con clientes, por ejemplo, de abogados, arquitectos, vendedores, etc. **(47)**. Si el servicio debe prestarse entre el autor y la víctima quedan excluidas las relaciones entre abogado y procurador en cuanto este último no da un servicio al abogado, sino a un tercero (Auto de la Audiencia Provincial de Soria 73/2003, de 4 de abril). Si el hecho tiene lugar fuera del marco estricto al que se refiere la Ley, la conducta quedará impune o bien podrá constituir otro delito diferente.

(47) GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Artículo 184", en Comentarios Prácticos al Código Penal, ob. cit., p. 541.

A propósito de la pandemia: consideraciones socio-jurídicas sobre el aumento del consumo de alcohol en la vía pública tras la finalización del estado de alarma

María Teresa Montero Ruiz (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. La importancia del ocio IV. El consumo del alcohol como opción de ocio.— V. El fenómeno conocido como "botellón".— VI. Planteamiento de estrategias de intervención.— VII. Conclusiones.— VIII. Bibliografía.

I. Resumen

La práctica del consumo de alcohol en la vía pública de forma masificada es un fenómeno relacionado con el ocio que se conoce con el término "botellón", surgió en España a finales del siglo XX y ha ido creciendo de forma exponencial hasta nuestros días, dejando una huella ecológica en los espacios públicos, creando innumerables conflictos con los vecinos afectados por el ruido, la suciedad, la inseguridad y la delincuencia, que devalúa sus barrios como consecuencia del escenario nocturno caracterizado por la presencia del alcohol y otras drogas, pues empieza como pequeñas incivilidades que, por la inacción de las autoridades y la falta de alternativas de ocio, terminan degenerando en problemas de seguridad y orden público, además de constituir un problema serio de salud, tanto individual como pública, que hoy se presenta incontrolable tras la pandemia.

II. Introducción

Los valores más preciados de la sociedad actual son la familia, los amigos, el trabajo y el ocio por su influencia en el desarrollo personal y social de los individuos, del que también participa la industria, convirtiéndose en uno de los principales sectores económicos.

Entre las formas de ocio más consolidadas se encuentra el consumo de alcohol que, si bien siempre ha sido una constante en la vida de las personas, no se había manifestado nunca de una manera tan extensa e intensa como en la actualidad, siendo a partir de mediados del siglo XX cuando forma parte de la diversión, sobre todo nocturna, pues "la propia salida nocturna responde a un protocolo cultural claramente prescrito y pautado, también heredado, como el consumo de alcohol, de los mayores" (BAIGORRI *et al.*, 2004:123).

Así, como práctica del ocio, la población más joven se reúne en el lugar que decide en función de sus posibilidades, necesidades y apetencias y fuera de los espacios social y legalmente sancionados, dando lugar al fenómeno conocido como "botellón" que presenta serios problemas relacionados, en primer lugar, con la salud individual y pública por la ingesta considerada peligrosa de alcohol que lo caracteriza y que produce consecuencias, sobre todo, entre los menores que no tienen capacidad de autopro-

(*) Abogada. Profesora asociada de Derecho penal en la UCLM.

tección frente a la oferta masiva y asequible; y, en segundo lugar, con el orden público, por la colisión de derechos entre practicantes y vecinos que sufren el impacto ambiental por ruidos, suciedad, vandalismo, etc.

Durante años se ha venido tratando el problema del botellón como un conflicto de orden público, siendo ignorado o eludido por las autoridades encargadas de velar por la salud pública, resultando ahora necesaria más que nunca su implicación de forma urgente. También crece la atención prestada por los medios de comunicación al aumento de los botellones tras el fin del estado de alarma y el levantamiento de las restricciones provocadas por la crisis sanitaria derivada del coronavirus SARS-CoV-2 que causa la enfermedad COVID-19, poniendo el foco, de nuevo, en este conflicto enquistado cuyo tratamiento por parte de las Administraciones autonómicas y locales no parece tener mucho éxito.

III. La importancia del ocio

En el art. 24 de la Declaración Internacional de Derechos Humanos de 1948 se incluye la práctica del ocio como uno de los derechos básicos de las personas, al expresar que "[t]oda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas" (Organización de las Naciones Unidas, 1948:36), adoptando en 1970 la llamada Carta del Ocio que, revisada y perfeccionada en tres ocasiones, 1979, 2000 y 2018, señala en su art. 1° que "[t]odos, adultos o niños, tienen derecho a un tiempo adecuado para descansar y para la búsqueda de la actividad de ocio" (World Leisure Organization, 2018:1).

En España, es el art. 43.3 de la Constitución el que establece que "[l]os poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio", siendo cada una de las Comunidades Autónomas quienes legislan y ordenan los aspectos que influyen en el Derecho al Ocio de los ciudadanos.

Se comprueba así la existencia de instrumentos que consagran el derecho a disfrutar del ocio, si bien, cabría preguntarse ¿qué es el ocio? La palabra ocio, etimológicamente, deriva del vocablo latín *otium*, que se concibe como tiempo de reposo, de inacción, de actitud contemplativa, "el estado culminativo del hombre que se encuentra a sí mismo" (GONZÁLEZ, 1971: 222), que, además, genera una actividad económica a su alrededor. En la actualidad, el diccionario recoge cuatro acepciones para definir la palabra ocio, siendo la primera, la cesación del trabajo, la inacción u omisión de la actividad; la segunda, el tiempo libre de una persona; la tercera, la diversión u ocupación reposada, especialmente, en obras de ingenio, porque estas se toman regularmente por descanso de otras tareas; y, finalmente, la cuarta, las obras de ingenio que alguien forma en los ratos que le dejan libres sus principales ocupaciones (Real Academia Española de la Lengua, 2020).

El sociólogo CUENCA CABEZA (2003: 45, 46) considera que "[a] la experiencia del ocio la entendemos como un tipo de experiencia humana que el sujeto percibe como vivencia satisfactoria, no obligada y no necesaria (…) identificad(a) con el descanso, las vacaciones, la fiesta y la diversión". Pudiendo interpretarse, también, como el espacio vital en el que las personas se desarrollan de forma integral, siendo un elemento de cohesión social, de vivencia en comunidad, y un factor de desarrollo económico (LAZCANO y MADARIAGA, 2016: 16).

Así, pues, podemos considerar que el ocio es valorado en la sociedad por múltiples factores relacionados con el tiempo libre, la reducción de jornadas laborales, la democratización de la vida cultural, deportiva, turística, y por su dimensión económica y comercial (LÁZARO *et al.*, 2012: 89).

IV. El consumo del alcohol como opción de ocio

Una de las opciones de ocio más habituales es el consumo de alcohol que se asocia en nuestras mentes a la noción de placer, haciendo que los principales lugares de encuentro social

sean los lugares de consumo de alcohol (GARCÍA y SÁNCHEZ, 2011). Precisamente, ante la crisis económica creada por la pandemia de la COVID-19, que ha convertido a la hostelería en uno de los sectores más perjudicados, han sido intensas las campañas de ayuda al sector reclamando la contribución directa de todos los ciudadanos, no solo para salvar el empleo de los trabajadores del sector, sino también para preservar nuestro propio ocio.

En el caso de los ciudadanos más jóvenes, el ejercicio del ocio "es un tema candente; no solo por la preocupación social ante sus manifestaciones más nocivas, sino también por la patente carencia educativa sobre los temas de ocio en este período vital" (CUENCA y CARREÑO, 2016:6), pues se evidencian ciertos consumos de tóxicos que están interiorizados como forma de ocio juvenil, siendo el alcohol una de las sustancias que empieza a consumirse de manera cada vez más temprana, a los 16,7 años (Observatorio Español de las drogas y las adicciones, 2020c), si bien el Informe de drogas 2020 lo sitúa a los 14 años, incluso el conocido como *binge drinking* o atracón de alcohol, se realiza por menores de 14 y 17 años, siendo entre los 14 y 15 años, mayor el porcentaje de mujeres que lo hace frente al de varones y, sin embargo, a los 16 y 17 años, el porcentaje de hombres bebedores es superior al de mujeres (OEDA, 2020a).

Respecto al *binge drinking*, el diccionario de Cambridge lo define como*:* "the activity of drinking too much alcohol on one occasion" **(1)** (Cambridge University Press, n.d.), es decir, se trata de una modalidad de ocio consistente en la ingesta de grandes cantidades de alcohol concentrada en un corto espacio de tiempo, que comporta frecuentemente una intoxicación alcohólica (VALENCIA *et al.*, 2020:2), con efectos negativos para propio bebedor y potencialmente negativos para terceras personas, que pueden manifestarse de forma aguda, pero también crónica, incluso entre los que lo adoptan de forma esporádica (VALENCIA *et al.*, 2020:6).

Desde finales del siglo XX, de entre las múltiples formas de ocio, la más arraigada entre la adolescencia y la juventud es el conocido como "botellón", práctica asociada al ocio nocturno y al consumo de alcohol.

V. El fenómeno conocido como "botellón"

"Botellón" es el término que describe la costumbre extendida en España desde aproximadamente 1990, consistente en consumir grandes cantidades de bebidas alcohólicas en la vía pública, con las consiguientes consecuencias de ruido, suciedad y, ocasionalmente, vandalismo y alteraciones de orden público **(2)**. También se define como una práctica social caracterizada por la agrupación de multitud de jóvenes en las calles españolas hasta altas horas de la mañana, provistos de todo tipo de bebidas y de equipos musicales (PINEDO, 2001:54,55), siendo otro concepto el de "reunión masiva de jóvenes de entre 16 y 24 años fundamentalmente, en espacios abiertos de libre acceso, para beber la bebida que han adquirido previamente en comercios, escuchar música y hablar" (BAIGORRI y CHAVES, 2006:160).

Lo cierto es que estamos ante un cúmulo indeterminado de conductas idénticas que, si bien de manera singular son inocuas, globalmente consideradas son destructivas. Acaecen normalmente los fines de semana en horario nocturno, persiguiendo un estado de euforia que conduce directamente al ruido y a la celebración de "fiestas" improvisadas en la vía pública, en cuanto acontecimiento normalmente grupal, encontrándose, a no mucha distancia, los desórdenes y accidentes de tráfico, los alter-

(1) Cambridge University Press. binge drinking. In Cambridge dictionary. (n.d.). [Internet] https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english-spanish/binge-drinking (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

(2) No deben confundirse los conceptos de orden público y de paz pública. El orden público es el simple orden en la calle, el funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios, mientras que la paz pública, concepto más amplio, es el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia permitiendo el ejercicio pacífico de los derechos los derechos fundamentales de las personas (STS 987/2009 de 13 de octubre EDJ 234585).

cados y las agresiones. Efectivamente, se trata de un fenómeno de "contaminación múltiple" que engloba varias formas de polución al generar grandes cantidades de residuos y ruidos insoportables para los vecinos por la utilización masiva de la vía pública como lugar de esparcimiento, sobre todo, en los conocidos con el término de "macrobotellones", siendo también ahora considerado un vector peligroso para la transmisión del COVID-19.

V.1. Botellón como problema de salud pública

El término "salud pública" se relaciona con el cuidado y la promoción de la salud aplicados a toda la población o a un grupo preciso de la población (Asociación Médica Mundial, 2005), definiéndose la salud en la Constitución de la OMS como "el completo estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades" (ONU, 1966), siendo, por tanto, responsabilidad no solo del individuo, sino de toda la sociedad, pues su disfrute dependerá de vivir en un ambiente sano, de disponer de una asistencia sanitaria eficaz y de llevar un estilo de vida saludable.

Precisamente por ser el alcohol uno de los principales factores de riesgo evitables en el desarrollo de numerosas enfermedades, es necesario incluir la prevención y el abordaje de su consumo entre las prioridades de la agenda de Salud Pública (Ministerio de Sanidad, 2021b), cuyo interés para promover hábitos y estilos de vida saludables entre los más jóvenes choca frontalmente contra el fenómeno social del botellón caracterizado por el consumo excesivo de alcohol, que no solo tiene como consecuencia un problema sanitario, sobre todo a largo plazo, sino que también entra en conflicto con los intereses o derechos de otros colectivos sociales, pues, como decía BOBBIO (1991:45), "[s]on bien pocos los derechos considerados fundamentales que no se encuentran en concurrencia con otros derechos considerados también como fundamentales y que no impongan, por tanto, en ciertas situaciones y respecto a particulares categorías de destinatarios, una elección (…)".

Así, la interdependencia de los derechos humanos significa que la violación de uno puede repercutir en el disfrute de otros, pero ello no supone que todos sean absolutos y no admitan limitaciones. De hecho, la mayoría no lo son y, por tanto, pueden ser restringidos a fin de equilibrar los intereses individuales y los colectivos, siempre dentro de los límites prescritos por el derecho de conformidad con un objetivo legítimo y cuando dicha limitación sea proporcional a dicho objetivo, y siendo responsabilidad de los gobiernos la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas **(3)** (ONU, 1966), cuya finalidad es alcanzar el grado más alto posible de salud (OMS, 1948:1), que recae *prima facie* sobre cada Estado, asegurando los medios, es decir, el acceso a la misma, no los resultados, que dependerán de cada individuo. En palabras de REY MARTÍNEZ (2018:288), "el derecho a la salud como derecho social, es un derecho prestacional, esto es, un derecho que implica un hacer estatal que moviliza cuantiosos recursos públicos", y, si con el fin de asegurar esos medios, han de imponerse restricciones, estas, para ser conformes a derecho, deben ser estrictamente necesarias, proporcionadas, no arbitrarias ni discriminatorias, de duración limitada, respetuosas de la dignidad humana y sujetas a revisión por la autoridad competente.

Por tanto, para abordar el problema desde una perspectiva de la salud pública, debemos contextualizar el consumo colectivo de alcohol teniendo en cuenta la función y las consecuencias a partir de la estructura social que le da significado entre los más jóvenes, destacando, como función positiva, ser mecanismo de cohesión social, y, como función negativa, ser una de las principales causas de mortalidad temprana (CORTES, 1988:158). Funciones distantes entre sí, pero con límites desdibujados que hacen difícil la total separación entre el consumo moderado y socialmente aceptado presente en ritos asociados al ciclo vital como la religión, la fiesta, la alimentación, etc., y el

(3) Se declara en el art. 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 la posibilidad que tienen los Estados de desviarse del Pacto durante un período de emergencia pública oficialmente proclamado que amenace la vida de la nación, en la medida estrictamente requerida por las exigencias de la situación.

alcoholismo como exceso, con el enorme costo médico, económico y social (AMEZCÚA y PALACIOS, 2014:151).

Es innegable que el fenómeno del botellón lleva algo más de dos décadas presentándose como un verdadero problema de salud pública, pues el alcohol, según la OMS, es una sustancia psicoactiva con propiedades causantes de dependencia que, si bien se ha utilizado ampliamente en muchas culturas durante siglos, su consumo nocivo es factor causal en enfermedades como la cirrosis hepática, cáncer, enfermedades cardiovasculares, trastornos mentales y comportamentales, así como traumatismos derivados de la violencia y los accidentes de tránsito, perjudicando a otras personas, además de generar una carga sanitaria, social y económica para el conjunto de la sociedad (Organización Mundial de la Salud, 2018). Sin embargo, este fenómeno se ha venido contemplando más como un problema de orden público que de salud pública, tal y como se desprende de un Informe encargado en el año 2006 por la Comisión Europea (ANDERSON y BAUMBERG, 2006).

La intrahistoria del consumo de las bebidas alcohólicas va ligada a la historia del ser humano. En la Biblia, la primera mención al vino se hace en el Genesis **(4)** (REINA, 1909, Gn. 9:21), siendo también protagonista de las bodas de Caná **(5)** (REINA, 1909, Jn. 2:1-11 1909). Durante siglos se le ha otorgado un puesto en la historia farmacéutica con base en la creencia de que consumir pequeñas dosis de alcohol es bueno para la salud **(6)** (MÜNSTERBERG,1910:83,84), no acorta la vida y, en general, puede ser beneficioso (DARROW y YARROS, 1927: 139-146). De hecho, la mayoría de la sociedad relaciona el consumo de bebidas alcohólicas con experiencias positivas, como el descanso o a socialidad **(7)**. Sin embargo, no se pueden menospreciar las experiencias negativas que conlleva, no solo por los efectos adversos que pueda producir en la salud en las personas con dependencia alcohólica o en los consumidores excesivos, sino también en las personas que se relacionan con ellos y de las que ya se lamentaban a lo largo de la historia, desde Plinio El Viejo cuando relataba "[...] tanto trabajo, sufrimiento y gasto para obtener esto (vino) que hace perder al hombre la razón, le vuelve furioso, causa mil crímenes, y cuyo atractivo no deja encontrar otros muchos placeres en la vida" (como es citado en AMAT, 2006:141), o SÉNECA (1989:48), para quien "[d]e la embriaguez casi siempre resulta la crueldad, ya que se vicia y exaspera la cordura del alma(...) no es otra cosa que una locura voluntaria", hasta llegar a LOMBROSO (1897), que presentaba el alcohol como "...un excitante que paraliza, narcotiza los sentimientos más nobles y transforma en mórbido el cerebro más sano", concluyendo JIMÉNEZ DE ASÚA (1924:143,144) que el individuo que delinque cuando ya está completamente embriagado, lo hace "(...) impulsado por el alcohol, sin voluntad, sin intención de su parte", lamentando "amargamente el hecho" cuando vuelve a la normalidad.

En la actualidad, aun reconociéndose al alcoholismo como la toxicomanía de mayor relevancia y extensión a nivel mundial por su prevalencia y repercusión, cuyas consecuen-

(4) Embriaguez de Noé 21 "Y bebió del vino, y se embriagó, y estaba descubierto en medio de su tienda".

(5) "1Y al tercer día hiciéronse unas bodas en Caná de Galilea; y estaba allí la madre de Jesús. 2 Y fue también llamado Jesús y sus discípulos a las bodas. 3 Y faltando el vino, la madre de Jesús le dijo: Vino no tienen. 4 Y dícele Jesús: ¿Qué tengo yo contigo, mujer? Aún no ha venido mi hora. 5 Su madre dice a los que servían: Haced todo lo que os dijere. 6 Y estaban allí seis tinajuelas de piedra para agua, conforme a la purificación de los judíos, que cabían en cada una dos o tres cántaros. 7 Díceles Jesús: Henchid estas tinajuelas de agua. E hinchéronlas hasta arriba. 8 Y díceles: Sacad ahora, y presentad al maestesala. Y presentáronle. 9 Y como el maestresala gustó el agua hecha vino, que no sabía de dónde era (más lo sabían los sirvientes que habían sacado el agua), el maestresala llama al esposo, 10 Y dícele: Todo hombre pone primero el buen vino, y cuando están satisfecho, entonces lo que es peor; más tú has guardado el buen vino hasta ahora. 11 Este principio de señales hizo Jesús en Caná de Galilea, y manifestó su gloria; y sus discípulos creyeron en él".

(6) El profesor de la Universidad de Harvard, Münsterberg, consideraba absurdo afirmar que el consumo moderado de alcohol pudiera ser malo y dañino, cuando lo que hace es ayudar a vencer y suprimir la conciencia de las pequeñas miserias de la vida, siendo otras las influencias de nuestra civilización las que golpean las neuronas y dañan nuestras facultades mentales mucho más allá de los efectos de un consumo moderado de vino.

(7) Socialidad como interacción.

cias se expresan como enfermedad y muerte (OMS, 2018), la mayoría de la población se resiste a considerar el alcohol como una droga a pesar de que el Plan nacional sobre Drogas del Ministerio de Sanidad Español lo define como tal, esto es, como droga depresora del Sistema Nervioso Central que inhibe progresivamente las funciones cerebrales y que afecta a la capacidad de autocontrol, produciendo inicialmente euforia y desinhibición (Ministerio de Sanidad, s.f). Igualmente, la OMS define el alcohol en su glosario de términos como una droga, como un "sedante/hipnótico con efectos parecidos a los de los barbitúricos", que puede causar envenenamiento o incluso la muerte, ocasionando su consumo intenso y prolongado un gran número de trastornos mentales, físicos y orgánicos (OMS, 1994:14).

Lo paradójico es que, al igual que el consumo de las drogas ilegales está totalmente prohibido además de reprobado socialmente, y el tabaco está sufriendo una persecución eficiente desde ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, más conocida como "Ley Antitabaco", no ocurre lo mismo con el alcohol a pesar de ser potencialmente nocivo (OMS, 2004:12), observándose incluso un ligero aumento de los consumos por esa baja percepción del riesgo y ese consumo lúdico en la calle que contribuye a su normalización y banalización (MSSSI, 2018). Evidentemente, si según los estudios realizados de la OMS (OMS, 2012), su consumo no presenta ningún aspecto positivo para la salud, pues la toxicidad de las bebidas alcohólicas se debe al alcohol, concretamente al etanol que se metaboliza en acetaldehído (SANCHIS y ARAGÓN, 2007) **(8)** y, por tanto, no hay bebidas alcohólicas saludables, no parece comprensible que venga siendo tan complicada su regulación.

Por tanto, si es el alcohol una droga, ¿debería prohibirse su consumo? En primer lugar, debemos recordar que existe una clasificación de las sustancias en función de las restricciones legislativas establecidas, así, podemos distinguir las drogas legales de las ilegales, siendo las legales el alcohol, el tabaco, los psicofármacos y otras sustancias bajo prescripción médica, y las ilegales el resto, por ejemplo, las sintéticas, los derivados del cannabis, la heroína, la cocaína, etc. a las que se accede a través del mercado negro. Algunos profesionales sanitarios consideran que supone un error la noción sesgada del concepto de droga ante la separación de los calificativos ilegal y legal, donde las drogas legales cumplen la doble función de paliar el sufrimiento que el individualismo provoca y permitir la "integración" social de aquellas personas que consumen (JAUREGUÍ, 2007), cuando en términos médicos, el alcohol, por ejemplo, "es una de las drogas más 'duras' en función del tipo de dependencia que genera y de sus consecuencias en términos de morbimortalidad" (MENÉNDEZ y DI PARDO, 2004:10), pues, como manifiestan MUÑOZ CONDE y AUNION (1991:153,154), es una "curiosa protección a la salud esta que solo se dispensa, incluso obligatoriamente, respecto a unas sustancias y no respecto a otras que pueden ser tan nocivas como las que se prohíben", al tiempo que se plantean si realmente se trata de un problema que pueda ser resuelto por el Derecho penal, pues se intentó una vez respecto del alcohol en los años 20 del siglo pasado en Estados Unidos, y fue un fracaso.

Efectivamente, la ilegalización del consumo de alcohol, como solución, no está exenta de dificultades por esa importante aceptación social y por la dificultad que plantea su catalogación, al no estar claro si se trata de un problema médico del que derivan problemas sociales o un problema social del que derivan consecuencias para la salud. Sea como fuere, su prohibicionismo está profundamente atravesado por múltiples temores y prejuicios que se llevan arrastrando desde hace ya un siglo cuando se estableció el régimen prohibicionista de las drogas, sin que ocurriese lo mismo con el tabaco y el alcohol, cuyo consumo estaba muy difundido en todo el mundo y sus riesgos ignorados. Sin embargo, mientras los estudios realizados en las últimas décadas concluyendo que el tabaco en cualquier dosis es dañino para la salud del fumador y de quie-

(8) El etanol, sustancia depresora del Sistema Nervioso Central, principal componente de las bebidas alcohólicas que se obtienen por fermentación o destilación, tras su ingestión es rápidamente absorbido por la mucosa del estómago y por el intestino, metabolizándose en acetaldehído que es un potente activador conductual.

nes lo rodean han conllevado el aumento de las restricciones, a pesar de la oposición de las tabacaleras y con el riesgo de ser incorporado al régimen prohibicionista, no ha pasado lo mismo con el alcohol que, aunque pueda ser objeto de abuso, se considera placentero e incluso beneficioso para la salud de quienes lo consumen de forma moderada.

La OMS otorga a España la octava posición entre los países europeos en consumo de alcohol, siendo alguna de las razones para beber la diversión y la fiesta, si bien, a medida que aumenta la edad de los consumidores, lo hacen porque creen que es saludable o forma parte de una alimentación equilibrada (OEDA, 2019). Precisamente la Ley 24/2003 de la Viña y el Vino define el vino en su art. 2 e) como "el alimento natural obtenido exclusivamente por fermentación alcohólica, total o parcial, de uva fresca, estrujada o no, o de mosto de uva", destacando en su art. 4 su cualidad de alimento dentro de la dieta mediterránea.

En todo caso, lo que sí está prohibido es el consumo de alcohol en la vía pública en la mayor parte de las Comunidades Autónomas españolas, con limitaciones de los horarios de venta de alcohol, e introduciendo, la mayoría, una excepción "en los lugares de la vía pública donde esté debidamente autorizado, o en días de fiestas patronales" **(9)**, normativas autonómicas que otorgan a los Ayuntamientos la facultad de prohibir el botellón en los lugares que precisen y que, a raíz de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, se ha extendido a todo el territorio nacional, pues, a falta de una norma estatal, se encomienda a las Autonomías y a los Ayuntamientos la regulación del consumo en la calle. Efectivamente, a nivel estatal contamos únicamente con la LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, conocida popularmente como "Ley Mordaza", que considera en su art. 37.1 que "[e]l consumo de bebidas alcohólicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos cuando perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana, es una infracción leve, castigándose con multa de 100 a 600 euros". Sin embargo, la imposibilidad que se ha presentado hasta el momento de dar una cobertura legal de ámbito estatal al problema del alcohol, en general, y del botellón, en particular, es compleja, intentándose sin éxito en varias ocasiones la elaboración de una norma *ex profeso*. Así, en febrero de 2002, el gobierno del Partido Popular, dentro del Plan Nacional de Drogas, presentó un Anteproyecto de ley de prevención del consumo de alcohol en la vía pública por razones de orden público que, ante las críticas planteadas, no llegó a aprobarse nunca; en 2007, la entonces ministra de Sanidad socialista, interrumpió el trámite de otro proyecto de "Ley Antibotellón" que ponía trabas al acceso de los menores al consumo de esta sustancia por no contar con el consenso suficiente; en 2016, el Partido Popular anunció un nuevo proyecto, tras la muerte de una niña por coma etílico, que tampoco llegó a buen término. Finalmente, en marzo de 2021 la ministra socialista de Sanidad ha anunciado la intención del Gobierno de llevar a cabo una ley sobre alcohol y menores (La MONCLOA, 2021) cuyo desenlace está aún por determinar.

Evidentemente, todos los intentos orientados a la prevención de problemas de alcohol en la población han ido fracasando por chocar contra los intereses de las organizaciones profesionales agrarias, de las cooperativas, de los consejos reguladores, de la Federación Española del Vino, etc., que, desde aquel primer proyecto de control del consumo de alcohol, y con el fin de protegerse frente a futuros intentos, lograron que se aprobara la Ley de la Viña y el Vino, donde, como hemos señalado, se define el vino como alimento con el fin de excluirlo de la regulación de bebidas alcohólicas (RODRÍGUEZ-MARTOS, 2007:326). Así, prevalecen los intereses económicos sobre los intereses de los ciudadanos, aunque pudiese parecer lo contrario cuando el Ministerio de Sanidad consideró oportuno conceder la Cruz de la Orden al Mérito del Plan Nacional sobre Drogas a la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE), entidad que engloba a las empresas dedicadas a la fabricación y venta de bebidas alcohólicas, por su colaboración en erradicar el problema de salud públi-

(9) Lo que refleja la incoherencia de las autoridades locales que fomentan las fiestas con alcohol cuando su función es, no solo abordar de forma adecuada los efectos negativos que dicha actividad produce, sino también crear las condiciones para el desarrollo de una vida recreativa amplia, diversa, accesible y segura.

ca que ella misma genera **(10)** (RMSSSI, de 11 de abril de 2016). Lo cierto es que, en España, la presión que ejerce la industria alcoholera sobre los gobiernos no es cuestión novedosa pues durante el período de la Restauración (1887-1936), los viticultores ya eran los grandes beneficiarios de la regulación pública, siendo prueba de su importancia los reiterados intentos por parte de los alcoholeros de atenuar o eliminar la discriminación fiscal que sufrían, fundándose el régimen fiscal del alcohol en la discriminación positiva del alcohol vínico durante casi cincuenta años (PAN-MONTOJO y PUIG, 1995:275). Al igual que entonces, hoy en día sigue habiendo muchos intereses creados que apoyan la continuación y el crecimiento de la producción y venta de alcohol, por ser una actividad económica importante que genera ganancias para los productores, influyendo, por tanto, en el contexto de la toma de decisiones en cuanto a las políticas para reducir el daño relacionado con el mismo.

En todo caso, respecto al consumo de alcohol en la vía pública, no parece necesario una ley nacional para que los Ayuntamientos puedan regularlo en sus ordenanzas municipales cuando se perturbe la tranquilidad o la libertad de circulación ciudadana, pues es la mencionada Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana ofrece la cobertura legal suficiente al tipificar dichas conductas, se consuma o no alcohol (ALMODOVAR, 2003:96,97). Es destacable que, en relación con los acontecimientos ocurridos en los dos últimos años como consecuencia de la pandemia provocada por la COVID-19, se han venido provocando importantes cambios que, con el fin de prevenir contagios, ha hecho recuperar medidas de tiempos pretéritos, tales como el estado de alarma, la "ley seca" o el toque de queda **(11)**, medidas que han supuesto una reducción generalizada del consumo y el abuso de alcohol en el contexto de una disminución del acceso a las drogas, tanto legales como ilegales. Así, según la encuesta elaborada por el Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones (OEDA) de la Delegación para el Plan Nacional sobre Drogas 2020, las medidas adoptadas para el control del virus afectaron los consumos de sustancias psicoactivas y otros comportamientos con potencial adictivo (OEDA, 2021b:3), comprobándose, concretamente, un descenso en los consumos intensivos de alcohol en forma de borracheras durante la pandemia en ambos sexos y en todos los grupos de edad, especialmente en personas menores de 25 años (OEDA, 2021b:41). Por tanto, en base a estas nuevas estadísticas más favorables, el pasado 13 de abril de 2021, la Comisión de Salud Pública aprobó el documento: Líneas de actuación en el ámbito de la prevención del consumo de alcohol, con la intención de promover medidas estructurales o de prevención ambiental, proponiendo acciones más efectivas, como aumentar los precios del alcohol a través de impuestos al consumo y políticas de precios, restricciones a la disponibilidad y la prohibición o restricción con respecto a la publicidad, el patrocinio y la promoción del alcohol y protegiendo a los menores frente a los efectos del consumo de alcohol (MS, 2021a). Actuaciones que parecen necesarias pues, desde que se fueron levantando progresivamente las medidas sanitarias, han ido aumentando los casos de botellones, sobre todo, desde el fin del estado de alarma el 9 de mayo de 2021, de forma que, mientras la mayoría de los ciudadanos sigue las reglas, acata las recomendaciones y toma precauciones para evitar el contagio por COVID-19, otros, ante las limitaciones de horarios y aforos de los locales de ocio nocturno, transforman su ocio nocturno en botellones.

(10) Concretamente, se otorga la FEBE la Cruz Blanca de la Orden al Mérito del Plan Nacional sobre Drogas.

(11) Los toques de queda en España eran medidas enmarcadas dentro del estado de excepción, que se emplearon en épocas medievales para proteger a los ciudadanos y en la fundación del Estado liberal para reprimir los levantamientos obreros, sucediéndose también, con cierta periodicidad, durante la Guerra Civil y la dictadura de Franco, siendo la única vez que se proclamó un toque de queda en la etapa democrática, hasta el momento, el promulgado en Valencia por el teniente general Milans del Bosch como consecuencia del histórico golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, a través de un bando que prohibía la circulación de más de dos personas por la vía pública de esta localidad desde las nueve de la noche hasta las seis de la mañana, lapso de tiempo muy similar a la medida adoptada por razón de la pandemia de la COVID-19 en algunas provincias y regiones en octubre de 2020.

Cabe preguntarse si la "ley seca" que se impuso como consecuencia de la COVID-19 es la solución más eficaz para el botellón. Hemos aludido al fracaso del precedente histórico que supuso la ley seca americana o *The National Prohibition Act*, más conocida como *Volstead Act*, vigente en los Estados Unidos entre el 17 de enero de 1920 y el 6 de diciembre de 1933 **(12)**, del que podemos concluir que, aunque el consumo de alcohol disminuya al comienzo, posteriormente aumenta porque la misma prohibición provoca el atractivo que se asocia a la emoción y la intriga, creciendo la demanda y el consumo en lugares ocultos y clandestinos. Además, al no permitirse el consumo bajo las limitaciones normales del mercado, en ocasiones las bebidas son fácilmente adulteradas con sustancias desconocidas o peligrosas, evidenciándose así, tras esta experiencia previa, la dudosa la efectividad de una "ley seca" que hace crecer en los jóvenes el atractivo de todo aquello que se presenta como prohibido.

Lo cierto es que no se percibe un horizonte alentador por lo sumamente compleja que se manifiesta la erradicación de un fenómeno frente al que no se han tomado medidas administrativas de contención desde un principio, por mantener la confianza en el aprendizaje y la concienciación de los problemas de salud que conlleva el consumo alcohol. Por el momento, se viene observando que no preocupa tanto a la ciudadanía las consecuencias para la salud que el alcohol acarrea a la población en general y a los menores en particular, como las molestias que generan por ruidos y suciedad al percibirse más como un problema socio ambiental o de orden público que de salud pública.

V.2. Botellón como problema socioambiental

Actualmente, el mantenimiento de la seguridad y el buen orden ha pasado a tener mayor protagonismo porque determinadas actividades de ocio, como beber alcohol en la calle, empiezan a asimilarse a la inseguridad ciudadana, así, "[l]a presencia de adolescentes ruidosos bebiendo cerveza en la calle o sombríos edificios abandonados pueden incrementar la percepción de riesgo de los viandantes y, seguidamente, incrementar su nivel de miedo al delito" (MEDINA, 2003:4). Sin embargo, se corre el peligro de hacer una interpretación extensiva del concepto normativo de orden público limitativa de derechos y libertades contraria a los principios constitucionales que pueda propiciar una reacción punitiva desproporcionada, pues el control sancionador a veces "termina expandiéndose a conductas que, sin ser delictivas, se estiman incorrectas en determinados espacios públicos" (DÍEZ RIPOLLÉS y CEREZO DOMÍNGUEZ (2009:175), sin que proceda, como postulaba MILL (2007:66,67), que la sociedad se entrometa en la vida de cada ciudadano mientras no se provoquen daños a terceros, idea que hoy día recogen otros filósofos, como FEINBERG (1985:6) que matiza la necesidad de reconocer que "[p]rácticamente todas las actividades humanas, a menos que se realicen en un desierto, interfieren en cierta medida con otros o implican algún riesgo de interferencia, y estas interferencias van desde meras molestias insignificantes hasta daños graves", de manera que los individuos que viven en comunidad deben soportar cierta cantidad de riesgos, sin que el hecho de que la conducta de una persona moleste a otra sea suficiente para justificar una interferencia penal, imponiéndose solo la responsabilidad en aquellos casos en que la incomodidad u ofensa sea mayor de lo que un ciudadano está obligado a soportar según las circunstancias, y sin compensación por ello, para lo cual sería necesario comprobar la magnitud de la molestia y la razonabilidad de su producción (FEINBERG, 1985:7).

En todo caso, se percibe un incremento en la criminalización de "conductas de bagatela", que no son sino meras incivilidades desvinculadas de las estrictamente delictivas, que se consideran un entorno en el que la delincuencia surge de manera espontánea e inevitable, siendo "[c]da vez es más frecuente asistir a justificaciones de reformas penales y administrativas en base a la necesidad de recuperar niveles de orden público que se consideran insuficientes" (RUIZ, 2010:09:12,17), al tiempo que la decisión político criminal de expulsar

(12) Establecida por la Enmienda XVIII a la Constitución de los Estados Unidos y derogada por la Enmienda XXI.

las faltas del CP español y transformar algunas de ellas en ilícitos administrativos —en particular, las relacionadas con el orden público—, se limitó a operar un cambio de etiquetas (MAQUEDA, 2015:1-56).

En todo caso, lo que interesa determinar es dónde se haya la ilegitimidad del botellón, que no reside en que el fenómeno carezca de gravedad objetiva, sino en que la aportación de cada uno de los intervinientes a los resultados nocivos globales para la salud de los vecinos y para el medio ambiente es una contribución mínima, que solo adquiere relevancia cuando se suma a la de otros cientos de personas que realizan idéntico comportamiento. En este caso, como el bien jurídico no puede ser lesionado por acciones individuales, hay que recurrir a mecanismos que permitan concretar unidades lesionables, y, para ello, la doctrina acude a la teoría de los bienes jurídicos intermedios o el pensamiento de la acumulación, concebida por KUHLEN (1986:389-408) para ciertos delitos medioambientales, según la cual, la verdadera contaminación se produce por la acumulación de conductas que, consideradas aisladamente, serían insignificantes. La STS 833/2002, de 2 de junio de 2003 (Roj: STS 3760/2003), señala en su F.J. 5° que "los atentados ecológicos se producen, por regla general, por actos u omisiones repetidos, que la doctrina incluye en los denominados delitos de acumulación", delitos en los que se llevaría a cabo una ampliación del Derecho penal a acciones que en sí mismas parecen nimias, pero que podrían llegar a ser importantes unidas a otras con cuya realización se cuenta. Aun así, con carácter general, se considera que la infracción "acumulativa" no debe ser corregida a través del Derecho penal, que ocupa un espacio francamente despreciable, sino con arreglo a las normas del Derecho administrativo, que es el sector del ordenamiento jurídico encargado de resolver los problemas sistémicos que no pueden ser contemplados como problemas de un actuar individual, y de proteger funciones y no bienes jurídicos, sin que, por otro lado, se exima al Derecho penal de seguir ocupándose de la protección de bienes jurídicos colectivos (BERDUGO, 2012:222-229). En palabras de MUÑOZ CUESTA (2012:11-18) "la sola extralimitación esporádica o aislada de emisión de ruidos a un volumen más elevado del permitido por las normas que regulan el medioambiente no dará lugar a la comisión del delito, el límite para llegar al ilícito penal estará en la reiteración de conductas que puedan afectar a la salud de las personas". Precisamente, esta situación de acumulación ruidosa que se mantiene más o menos estable y por tiempo prolongado en determinados espacios, producida al unísono por diferentes emisores, es la que se da en la práctica del "botellón", denominándose "contaminación múltiple", caracterizada por la concentración de personas que se desplazan por diferentes espacios (BOMBILLAR, 2018:232-249), y precisando, para la imputación del peligro, la individualización de cada uno de los emisores de ruido, siendo objeto exclusivamente de sanción administrativa aquellas conductas que consideradas aisladamente no generen dicho riesgo. (JERICÓ, 2013:396).

Sin embargo, en base al principio de lesividad, también defendido en el Derecho administrativo sancionador (REBOLLO PUIG, 1989:632), lo que no le haga daño a nadie no puede ser castigado por la ley, tal y como demandaba Mill, tanto si se trata de conductas que no afectan a planes individuales ajenos, como si se trata de conductas que, aun incidiendo en tales planes de vida, se estima que son inherentes a la interacción social y no exigen ningún tipo de reacción (DÍEZ, 2003:138). Por tanto, este principio reclama la intervención punitiva del Estado tan solo en aquellos casos en que se aprecie un daño externo constatable a la convivencia, por lo que, conforme a este criterio, podríamos replantearnos las condiciones en que se prohíbe y sanciona el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, que, por cierto, lejos de aminorarse, aumenta, sin que las normas y sanciones administrativas hayan conseguido poner coto al problema. Ya en el año 2002 fue noticia que el Ayuntamiento de Granada acudiese a la vía penal para combatir el "botellón" (GARCÍA, 2002). E incluso, en el año 2009, el portavoz de Interior del PNV en el Congreso comentó en prensa la necesidad de una "respuesta específica" al "botellón" desde la legalidad, pues

las medidas educativas solo darán resultado a medio plazo, sugiriendo la posibilidad de consensuar algún tipo penal específico que persiga a los autores, provocadores y líderes de los "botellones" (El PNV pide respuestas penales ante "botellones" como el de Pozuelo, 2009). Sin embargo, no parece factible dar una respuesta penal a este fenómeno, ni siquiera planteándolo desde la óptica del delito ambiental en su modalidad de contaminación acústica, pues no nos encontramos ante una determinada persona a la que se pueda atribuir la acción lesiva, sino que es la afluencia masiva de personas, en determinados días y a determinadas calles, la que produce los altos niveles de ruido que provocan las consecuencias negativas al vecindario, es decir, que nos enfrentamos a focos de ruido de origen difuso. Por tanto, aunque el Código Penal reconozca como delito la emisión de ruido, nunca ha dado solución a este fenómeno; por otro lado, tampoco parece muy apropiado castigar con penas privativas de libertad a cada uno de los asistentes a un "botellón". Y, por ello, en las pocas ocasiones en las que se han denunciado por vía penal, se ha terminado por sobreseer la causa al no existir indicios de delito, como ocurrió, por ejemplo, en febrero del año 2006, cuando la Fiscalía de Córdoba archivó la denuncia que el Colegio de Médicos había presentado para que abriese una investigación contra el Ayuntamiento de Pozoblanco como posible delito contra la salud pública por permitir la celebración de "botellones" a las puertas del hospital Valle de los Pedroches (RAYA, M. J., 2006). O cuando la Fiscalía de Alicante, el 1 julio 2015, explicó su no intervención en la polémica generada por el botellón del espigón de la Playa del Postiguet, manifestando que beber en la calle no es delito, sino infracción susceptible de sanción administrativa (MARTÍNEZ y NAVARRO, 2010). E incluso cuando la Fiscalía de Cáceres consideró que no existían indicios de ilícito penal en relación con la denuncia por contaminación acústica que provocaba el paso de personas hacia el botellón, presentada por el portavoz de Convergencia por Extremadura contra el Ayuntamiento en septiembre de 2010 (La Fiscalía no ve indicios de delito en el tema de los ruidos, 2011).

En todo caso, para buscar una respuesta jurídico-penal al botellón, hay que tener en cuenta que "[e]l mantenimiento de los criterios de imputación objetiva en los supuestos de delitos cumulativos exige no solo que la conducta individualmente considerada supere los límites administrativos establecidos, sino que habrá que acreditar en cada caso la idoneidad individual de cada emisión de ruido para causar daños sustanciales a los recursos naturales, tal y como exige el tipo penal" (JERICÓ, 2016:27), por tanto, es evidente la dificultad, por no decir imposibilidad, para actuar mediante la tutela penal contra este tipo de actos como contaminantes.

Hasta el momento, es innegable que se viene acogiendo de buen grado el rigorismo punitivo de la Administración en materia de seguridad ciudadana con la expectativa de que ello logre una mayor tranquilidad pública, pues es un hecho constatable que los efectos secundarios del consumo masivo de alcohol, la desinhibición que produce, y la integración en la multitud o masa, alientan conductas incivilizadas que se contagian, pues, tal y como indicaba Le Bon hace más de un siglo, el mero hecho de integrarse en una multitud sirve al individuo para adquirir un sentimiento de poder invencible, haciendo que la muchedumbre se vuelva más primitiva y menos sujeta al control ejercido por la conciencia o por el temor al castigo, ya que, empleando sus propias palabras, "La violencia de los sentimientos de las masas también se incrementa, especialmente en masas heterogéneas, por la ausencia de todo sentido de responsabilidad. La certeza de impunidad —una certeza que se vuelve tanto más fuerte mientras más numerosa sea la masa— y la noción de una considerable fuerza impulsora debida al número, hacen posibles para las masas, sentimientos y acciones imposibles para el individuo aislado" (DE BENOIST, 2014:28). Efectivamente, así es, a la naturaleza esencialmente buena del individuo no se opone la acción perversa de la sociedad, sino del grupo, de la masa, una multitud de gente reunida es mucho más crédula que cada uno de ellos por separado (TARDE, 1986), por ejemplo, cuantas veces los medios de comunicación se han hecho eco del problema de las novatadas en las que los jóvenes

estudiantes universitarios, para integrarse en un grupo, hacen cosas que no harían en otras circunstancias, comportamientos que se propagan con rapidez debido a un efecto imitación y a la sensación de impunidad.

El problema que se plantea en este preciso momento y desde que se dio por finalizado el estado de alarma decretado por la crisis sanitaria, es el mantenimiento de las restricciones de aforo y horario en los locales de ocio nocturno que provoca que muchos jóvenes conviertan las calles en espacios recreativos donde el consumo de alcohol se manifiesta como la principal actividad a realizar, conllevando molestias al vecindario y un elevado nivel de actos vandálicos gratuitos contra los bienes públicos. Posiblemente, el aburrimiento y la búsqueda de emociones intensas sean las principales causas de estos comportamientos incívicos y violentos que se dan en los botellones, sobre todo por parte de jóvenes predispuestos al gamberrismo.

Consecuencia de ello es la reivindicación de una parte de la sociedad de la tolerancia cero ante los comportamientos incívicos, concepto que corresponde a un enfoque de política de seguridad basado en la "Teoría de las Ventanas Rotas", que, en criminología, sostiene la necesidad de mantener los entornos urbanos en buenas condiciones para provocar la disminución del vandalismo y la reducción de las tasas de criminalidad. Teoría **(13)** criticada y superada, que fue elaborada para desarrollar un concepto preventivo de represión del menor síntoma de desorden, basada en la premisa de que, si una comunidad exhibe signos de deterioro y esto parece no importarle a nadie, en ella se multiplicará el delito. Así, para combatir eficazmente el crimen se impuso combatir el desorden y la anomia social en sus raíces, mejorando las condiciones para aislar y reprimir los delitos mayores y las asociaciones ilícitas, de forma que la "tolerancia cero" no es frente a la persona que comete el delito, sino frente al delito mismo, porque si en un edificio aparece una ventana rota y no se arregla pronto, inmediatamente el resto de las ventanas acaban siendo destrozadas, no solo por lo divertido que le pueda parecer a algunos individuos romper cristales, sino también porque la ventana rota envía el mensaje de que nadie lo va a impedir pues nadie lo cuida. Parece evidente que una vez que se empiezan a desobedecer las normas que mantienen el orden en una comunidad, tanto el orden como la comunidad empiezan a deteriorarse, por lo que una buena estrategia para prevenir el vandalismo, según los autores, sería arreglar los problemas cuando aún son pequeños. (WILSON y KELLING, 1982:29-38). Este concepto expresaba que la base del orden y de la seguridad es la aplicación estricta de la ley provocando un efecto disuasorio entre los hipotéticos infractores al percibir que sus conductas ya no son impunes, por tanto, en base a esta teoría, la definición de la seguridad comunitaria pasaría, fundamentalmente, por el mantenimiento del orden público, siendo la policía la clave para lograr dicho objetivo. En el Reino Unido, su versión de la "tolerancia cero" sería la *Crime and Disorder Act* de 1998 que, aun manteniendo el tono punitivo, no lo centraba todo en la intervención policial, obligando a obtener autorización de juez para afrontar los problemas de delincuencia y desorden, alejándose así del populismo punitivo (GUILLÉN, 2000:112-114).

En todo caso, hemos de ser conscientes de que el derecho de la comunidad a la seguridad y a la protección debe conciliarse con el derecho del individuo a la libertad expresiva y asociativa, comenzando la reconciliación con el reconocimiento de que los intereses de la comunidad no son siempre menos importantes que la libertad de los individuos que, al participar en la sociedad, renuncian al derecho de actuar cada uno

(13) Esta teoría elaborada por James Wilson y George Kelling tiene su origen en un experimento que llevó a cabo un psicólogo de la Universidad de Stanford, Philip Zimbardo, en 1967. Abandonó un coche en las descuidadas calles del Bronx de Nueva York, con las placas de matrícula arrancadas y las puertas abiertas. Su objetivo era ver qué ocurría. A los 10 minutos, empezaron a robar sus componentes. A los tres días no quedaba nada de valor. Luego empezaron a destrozarlo. El experimento tenía una segunda parte: abandonó otro coche, en parecidas condiciones, en un barrio rico de Palo Alto, California. No pasó nada. Durante una semana, el coche siguió intacto. Entonces, Zimbardo dio un paso más, y machacó algunas partes de la carrocería con un martillo. Debió de ser la señal que los honrados ciudadanos de Palo Alto esperaban, porque al cabo de pocas horas el coche estaba tan destrozado como el del Bronx.

como lo consideren oportuno, sin restricción alguna, a cambio de un derecho positivo a la protección de la sociedad, describiéndose por MONTESQUIEU (1989:157) como "esa tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su seguridad, y con el fin de que él tenga esta libertad, que el gobierno debe ser tal que un ciudadano no puede temer a otro ciudadano".

Sin embargo, la idea de armonizar la libertad y seguridad no es sencilla, pues, a cada intento de imponer acciones preventivas o protectoras colectivas, hay siempre una reacción general de denuncia al atacarse la libertad individual de la persona, de manera que con el riesgo no permitido y el principio de precaución como criterios para prohibir actividades de las que se sospecha que pueden generar daños inciertos y desconocidos, se refuerza peligrosamente el plato de la balanza del *principio in dubio pro securitate* en detrimento del plato del principio *in dubio pro libértate* (ALONSO, 2014a: 396,401). De hecho, la fundamentación de la presencia del peligro sustentada en el principio de precaución ha recibido el rechazo casi unánime de la doctrina penal, considerándose que el principio de precaución solo podrá ser utilizado a través de un control y regulación administrativa (ALONSO, 2014b:123-148). Incluso, se llega a la conclusión de que los delitos que castigan peligros sustentados en dicho principio no son verdaderas figuras de peligro, sino "delitos de riesgo" que se basan en la concurrencia de una peligrosidad estadística que va más allá incluso de la que fundamenta a los delitos de peligro abstracto (GÓMEZ, 2014:91).

El problema que plantea el empleo de una política de tolerancia cero es que conduce a la prescripción de un modelo de seguridad ciudadana para una comunidad en la que no haya evidencia de que el comportamiento antisocial sea aceptable, admitiéndose socialmente, de manera generalizada, la securitización preventiva de muchos de los procesos sociales cotidianos provocando un populismo punitivo creciente, lo que nos lleva a descartar sus postulados porque, según DIXON (2005b:483-507) esta lucha contra el crimen comienza con la represión de pequeñas conductas antisociales, no criminales y de desorden en general, para terminar arremetiendo implacablemente contra toda indisciplina social y moral, deteniendo básicamente a aquellos que se "cuelan" en el metro, que beben y orinan en la vía pública o que limpian parabrisas de los coches parados en los semáforos (CORMAN y MOCAN: 2005:235-266), lo que para ZAFFARONI (2006, 60) dificultaría las relaciones entre la policía y la comunidad, por orientarse hacia los síntomas del problema sin ahondar en las posibles causas del mismo, conduciendo a la polarización de la sociedad en dos grupos, aquellos que exigen un "orden" rígido e inflexible y aquellos que perciben un determinado "desorden" como expresión de creatividad y variedad de vida.

Por el contrario, se lamenta THACHER (2003-2004: 385-413) de que las ciencias sociales no hayan sido amables con la teoría de las ventanas rotas, siendo las ofensas producidas por daños acumulativos fenómenos ambiguos e inciertos, con tendencia a su descuido, pues no se sabe qué comportamientos abarcan, qué tipo de regulaciones son más apropiadas o cuando el deseo de regularlos debería ceder el paso a otros intereses. En todo caso, considera intelectualmente fascinante y sorprendente esta teoría que siempre desempeñará un papel en la ciencia social, pues, hoy en día, se manifiesta más que nunca un desmedido crecimiento del sentimiento de inseguridad en el ciudadano con su correspondiente necesidad de políticas más punitivas (VOZMEDIANO *et al*, 2008:6).

En todo caso, nuevas perspectivas vienen a dar un enfoque dentro de un marco de análisis, diálogo e innovación para ayudar a optimizar los esfuerzos, los recursos y la eficacia de las respuestas (TAYLOR y KAHN, 2014:128-145). Aunque por otro lado, también destacan los partidarios de otra línea de orientación político social de "no intervención", que creen en la conveniencia de que se sustituya la presencia exagerada del Estado en muchas de las situaciones de conflictos y desvíos sociales por otra menos incisiva que alcance mejor los objetivos. E incluso, están aquellos que se muestran mucho más condescendientes, invocando una tolerancia mal entendida para admitir conductas en el espacio público que claramente

socavan los hábitos cívicos más elementales, cuya visión utópica y simplista no es compartida por el pensamiento criminológico occidental, pues, según JIMÉNEZ ASENSIO (2011:59), entre la tolerancia "diez" y la tolerancia "cero" hay muchos puntos intermedios, sin que sea razonable exigir que las ciudades actuales sean maquinarias que funcionen armónicamente, dándose la necesidad de encontrar puntos de equilibrio que hagan aceptables las fórmulas de convivencia.

Así, los límites del poder que la sociedad y el Estado pueden ejercer legítimamente sobre el individuo son para MILL (2007: 182) un problema clásico en términos modernos, en el que, en principio, cada persona debe ser libre de hacer aquello que solo le afecte a ella misma. Por ejemplo, aunque el consumo excesivo de alcohol sea nocivo, no se justifica prohibirlo porque el daño que se deriva de su consumo afecta principalmente al agente, de forma que el Estado no puede prohibir su venta porque hacerlo sería lo mismo que prohibir su consumo sin que ello esté justificado, por el contrario, sí está facultado para desalentar el consumo excesivo y los desórdenes consiguientes mediante restricciones tales como la prohibición de venta a menores, la reglamentación de horas de apertura y cierre, y el retiro de licencias. En definitiva, quedando limitada dicha intervención de la sociedad y el Estado a castigar el daño infligido a terceros.

Es innegable que, si desde el principio se hiciese una adecuada intervención con arreglo a las normas del Derecho administrativo, se reportaría la sensibilización de los grupos que atentan contra los derechos ajenos e incentivaría la modificación de sus patrones de conducta, sin ser irreconciliable con la posibilidad de que continúen ejerciendo su derecho de ocio compartido en la vía pública, respecto al cual, cabría preguntarse si la reunión de personas para beber alcohol puede considerarse amparado por el art. 21 de la Constitución española **(14)** que regula el Derecho de reunión **(15)**, pues, al respecto, encontramos posiciones judiciales y doctrinales encontradas como, por ejemplo, los Autos 44/2020, de 4 de septiembre de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de A Coruña, y 52/2020, de 5 de agosto de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de Mérida (Roj: AJCA 40/2020), dictados ambos a propósito de la iniciación de un procedimiento de imposición de medidas preventivas como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, determinando que la restricción de reuniones en vías y espacios públicos, como el "botellón", supone la limitación del derecho fundamental de reunión, al tiempo que, en sentido contrario, se posiciona unánime la doctrina mayoritaria "a la hora de entender el derecho de reunión como una técnica de acción política directa, al servicio de fines que extravasan el puro contenido del derecho" (MASSÓ, 2016:104), quedando, por tanto, configurados los elementos como agrupación de pluralidad de personas, en un momento prefijado, con una duración determinada, con el fin de expresar unas ideas que, con frecuencia, tienen fines reivindicativos, lo que nos conduce a calificarlo como un derecho instrumental, siendo esta organización lo que lo distingue de la mera aglomeración **(16)** no amparada por el art. 21. De igual forma, el TC considera la existencia de una íntima relación entre el derecho de reunión y el derecho de libertad de expresión, pues "el derecho de reunión cuando se ejercita en lugares de tránsito público es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo por tanto un cauce relevante del

(14) Art. 21 CE: "1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes".

(15) Derecho constitucional desarrollado por la LO 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión, modificada a su vez por la LO 1/1992, LO 4/1997, LO 9/2011 y LO 8/2014

(16) La STC 85/1988, de 28 de abril, considera la mera aglomeración o confluencia casual de transeúntes carente del elemento subjetivo de toda reunión (F.J. 3°).

principio democrático participativo" **(17)**. Por tanto, se manifiesta complicado considerar la práctica del botellón como ejercicio del derecho fundamental de reunión, cuando solo se trata de meras concentraciones o aglomeraciones de personas para beber, haciendo uso particular de su ocio, quedado únicamente por determinar si ese uso es el adecuado o no, siendo evidente la necesidad de no criminalizar las conductas de los intervinientes, por no ser legítimo con arreglo a principios básicos del Derecho penal al existir otros medios menos aflictivos como el Derecho administrativo sancionador, aunque, en la práctica, ambos Derechos puedan tener una severidad análoga, por lo que acudir al primero por ser menos expeditivo que el segundo constituye, como hemos indicado anteriormente, un auténtica estafa o fraude de etiquetas (ARROYO, 1998:6).

El informe del año 2020 del Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones, denominado Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España, relativo al Plan Nacional sobre Drogas del Ministerio de Sanidad (OEDA, 2020a), hace expresa referencia a los porcentajes de población que continúa practicando el botellón y que va en aumento, lo que indica que las instituciones públicas, los Ayuntamientos, y las asociaciones vecinales y de empresarios han fracasado en su estrategia de control de este fenómeno social con la idea de habilitar espacios fuera del entorno urbano denominados "botellódromos" donde no hay límite para el consumo de alcohol, y que han terminado cerrando, pues se elimina en parte la molestia vecinal tratando de controlar algunas de las repercusiones más negativas, pero se deja, sin embargo, el problema principal sin solución, poniendo de manifiesto que la política de mirar hacia otro lado desde hace décadas ha provocado que ninguna instancia institucional parezca tener fuerza para poner límites a los desórdenes y la afectación de los derechos del resto de los ciudadanos, así como de las estructuras policiales para reprimir las incivilidades, lo que se patentiza y evidencia de la sola observación cotidiana y a través de los medios de comunicación. Vivimos una auténtica crisis del principio de autoridad que se plasma en agresiones cada vez frecuentes contra los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad que tratan de disolver el consumo de alcohol en la vía pública, práctica que desde hace años está prohibida **(18)**. Además, la resistencia de los jóvenes a disolverse en bastantes casos no se limita a palabras de protesta sino que se torna en atentados contra los agentes de la autoridad.

Cuando falta la voluntad de cumplir la ley y de hacerla cumplir, cuando no se respeta porque no se reconoce, la autoridad policial carece del poder responsable, ponderado y necesario para impedir que la calle se convierta en un campo de batalla, entrando en crisis también su capacidad para reprimir el delito y para ofrecer a la población niveles mínimos de protección, teniendo como consecuencia que la convivencia pacífica se encuentre permanentemente en riesgo.

Es necesario recomponer el prestigio y la autoridad institucional y de las fuerzas policiales para garantizar la seguridad pública y luchar contra comportamientos delincuenciales con el rigor necesario para asegurar la convivencia social para que el vuelva a estar a total disposición de todos los ciudadanos, pero también hay que reconstruir la autoridad en el núcleo mismo de la vida familiar y la autoridad en el campo educativo, en un proceso de recomposición integral.

La crisis de autoridad denota que los límites sociales se han fracturado mostrando el hartazgo de la sociedad frente a la autoridad que actúa de manera incorrecta o que no actúa, pues, como decía MAQUIAVELO (2021:153) "no se debe, pues, culpar a la multitud más que a los príncipes, porque todos cometen demasías

(17) STC 42/2000, de 14 de febrero de 2000. De igual manera se manifiestan las STC 85/1988, de 28 de abril; SSTC 66/1995, 42/2000, 124/2005, 110/2006, 170/2008, 37 y 38/2009.

(18) Los sindicatos policiales denuncian la falta de apoyo institucional y respaldo político que deriva en un sistema público de seguridad muy debilitado por la mala gestión de las administraciones. "Denuncia del sindicato ErNE por el aumento de agresiones a Policía Local y Ertzaintza". erne.es. 26/07/2021. https://www.erne.es/WebErne/ErNE/Medio/Medio.aspx?Cod=1011 (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

cuando nada hay que les contenga". Así, solo cuando la autoridad cumpla con su función será reconocida, sino, se mantendrán fenómenos como el "botellón", que no deja de ser la consecuencia de esos grupos de la sociedad, cada vez más numerosos, que han venido generado prácticas que o bien no están reconocidas por la ley o estándolo no son castigadas.

Posiblemente el aburrimiento y la búsqueda de emociones intensas sean las principales causas de los comportamientos incívicos y violentos que se dan en ocasiones en los botellones, sobre todo por parte de jóvenes predispuestos al gamberrismo **(19)** y al vandalismo. Ahora bien, como señala CANDIL (1981:220), aunque estas acciones vayan relacionadas a la delincuencia juvenil "[c]on esto no queremos decir que todos los que cometen actos vandálicos son delincuentes, aunque por la mayor gravedad de tales hechos, ese mismo acto les convierte en delincuentes". Por otro lado, surge un problema cuando la justificación al comportamiento de algunos jóvenes aburridos que deciden entretenerse bebiendo alcohol y tornando en violencia sus comportamientos, se centra en la ausencia de entretenimiento procurado por las Administraciones locales, cuyas autoridades terminan por asumir como obligación la búsqueda alternativas de ocio que diviertan o entretengan lo suficiente como para resolver el problema, todo ello bajo el amparo legal del art. 25 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local **(20)**. Así, los gobernantes, desde el principio de los tiempos, vienen decidiendo que hay que satisfacer esa demanda social nunca explícita que consiste en combatir el aburrimiento, pues, como refería JUVENAL (1996:130) al pueblo hay que darle "panem et circenses" **(21)**, cuando, en realidad, el aburrimiento no es tan malo, ya que, según RUSSELL (2003:34), "(u)na vida demasiado llena de excitación es una vida agotadora, en la que se necesitan continuamente estímulos cada vez más fuertes para obtener la excitación que se ha llegado a considerar como parte esencial del placer".

Evidentemente la sociedad ha cambiado, así como nuestra forma de relacionarnos, los lazos de comunidad se han ido debilitado y estamos dejando de sentirnos parte de la comunidad, sin embargo, cuando la comunidad hace vecindario y cuida su entorno, se dejan de trivializar las pequeñas agresiones consideradas insignificantes, como daños materiales, insultos, peleas, etc., frenando el avance hacia otras mayores. Para la urbanista JACKOBS (1973:56-58) "El atributo clave de un distrito urbano logrado es que cualquier persona pueda sentirse personalmente segura en la calle en medio de todos esos desconocidos". Entendiendo a su vez que, para diagnosticar y mantener a raya los problemas sociales graves, es necesario fortalecer las fuerzas capaces de mantener la seguridad y la civilización en niveles aceptables, con apoyo en la teoría ojos en la calle **(22)**, según la cual las

(19) Gamberrismo, término más amplio que el vandalismo incluye comportamientos de menor entidad, actos incívicos para molestar a las personas, especialmente en la vía pública., sujetos predelincuentes, aunque en la mayoría de los casos son chicos en los que hay un sentimiento de frustración, así como un resentimiento contra el orden establecido, las normas de convivencia (...) se aprecia falta de madurez (...). P. 220.

(20) Art. 25 de la Ley 7/1985 de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local "El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal".

(21) "Iam pridem, ex quo suffragia nulli uendimus, effudit curas; nam qui dabat olim imperium, fasces, legiones, omnia, nunc se continet atque duas tantum res anxius optat, panem et circenses". (Ha tiempo que, desde que no vendemos los votos a nadie, ha descargado sus preocupaciones. Pues quien antes conferia imperio, fasces, legiones, todo, ahora se contiene y solo anhela con avidez dos cosas, pan y juegos del Circo.)

(22) Dentro de la Criminología ambiental, que se centra en las características espacio-temporales en que este se produce el delito, se elabora por Jackobs esta teoría que, junto con la del espacio defendible de Newman, se sitúa cronológicamente con anterioridad a la de las ventanas rotas; todas ellas, unidas a otras que surgieron con posterioridad, como la de las actividades rutinarias o la del efecto desplazamiento, pertenecen a la teoría de la prevención situacional del delito, orientada a disminuir la oportunidad del delito y a reducir la percepción de la inseguridad de la población en determinados espacios urbanos a través del análisis de los mismos. Su objetivo, por tanto, es reducir la percepción de inseguridad regenerando espacios públicos seguros e integradores mediante acciones de participación ciudadana y articulación comunitaria (Vega, 2017: 186), entre otras, de forma que los poderes públicos puedan abordar el problema criminal apro-

personas se pueden sentir cómodas, seguras y protegidas en los espacios públicos sin conocerse entre sí, actuando como una vigilancia informal, pues la paz pública de las ciudades no tiene por qué ser garantizada de manera esencial por la policía, por muy necesaria que sea, sino, principalmente, por esa red de controles y reflejos de voluntariedad y buena disposición inscrita en el ánimo de las personas. Hoy en día estos postulados siguen vigentes, pues la creación de un sentimiento de barrio se presenta como necesaria, ya que la implicación de las asociaciones de vecinos y la reivindicación del disfrute democrático de los lugares abiertos solo puede lograrse mediante el equilibro entre entornos urbanos sostenibles y la salud y el bienestar de las personas que los habitan.

VI. Planteamiento de estrategias de intervención

Un reciente estudio británico destaca la poca conciencia del vínculo causal entre el alcohol y el riesgo de cáncer entre el público, a pesar de que el consumo diario leve o moderado de bebidas alcohólicas fue responsable de más de cien mil casos de cáncer en 2020, considerando que el problema podría solventarse con advertencias disuasorias en el etiquetado de las botellas similares a las que se usan en el tabaco, así como con políticas tributarias que favorecieran la disminución del consumo de alcohol en la población (RUMGAY *et al*, 2021). Igualmente, la OMS contempla como estrategias el incremento de los impuestos especiales sobre las bebidas alcohólicas, la prohibición o restricción de su publicidad y la limitación de la disponibilidad física de alcohol de venta al por menor reduciendo las horas y puntos de venta (OMS, 2017), determinando también la necesidad de que los países establezcan precios mínimos para el alcohol, como hizo Escocia en el año 2012 aprobando la ley del Precio Mínimo del Alcohol *(Minimum Pricing Scotland Act 2012)* **(23)**, que no entró en vigor hasta el año 2018 **(24)** a causa de los repetidos intentos de impedirlo por parte de la Asociación de Whisky Escocés **(25)**, implementándose finalmente el 1 de mayo un precio mínimo unitario para todas las bebidas alcohólicas de 0,50 libras esterlinas por unidad de alcohol **(26)** (aproximadamente 0,70 euros).

vechando la información de las disciplinas empíricas. Vega, 2017:192).

(23) The 2012 Act. Disponible en: https://www.legislation.gov.uk/asp/2012/4/pdfs/asp_20120004_en.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

(24) Alcohol Framework 2018. 20 Nov 2018. Disponible en: https://www.gov.scot/publications/alcohol-framework-2018-preventing-harm-next-steps-changing-relationship-alcohol/ (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

(25) Tres asociaciones de productores de bebidas alcohólicas, la Scotch Whisky Association y dos industrias belgas, impugnaron judicialmente la validez de la Ley de 2012, por entender que se vulnera el Derecho de la Unión Europea al aplicar medidas legislativas de fijación de un precio mínimo de venta que distorsiona el comercio y la competencia en el seno de la Unión, que, tras ser desestimadas sus pretensiones en primera instancia, recurrieron en apelación contra ante la Court of Session (Scotland) , al tiempo que los ministros escoceses que aprobaron la Ley se comprometían a no decretar su entrada en vigor hasta que no finalizara este procedimiento. La Court of Session decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europeo varias cuestiones prejudiciales que fueron resueltas considerando que no es contrario a la normativa europea siempre que la medida sea efectivamente adecuada para garantizar el objetivo de protección de la salud y la vida de las personas y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo pudiendo un Estado miembro optar por una normativa, como la controvertida en el litigio principal correspondiendo a la Corte escocesa comprobar si éste es efectivamente el caso. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 23 de diciembre de 2015 Asunto C 333/14The Scotch Whisky Association y otros contra The Lord Advocate, The Advocate General for Scotland [Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Session, Scotland (Reino Unido)] [Tribunal Supremo de lo civil (Escocia), Reino Unido]. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0333&from=es (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022). Una vez resueltas las cuestiones, la Court of Sessión en sentencia de 2016 desestima las pretensiones de las alcoholeras que recurren nuevamente ante la Corte Suprema del Reino Unido que definitivamente declara que el precio mínimo es un medio proporcionado para lograr un objetivo legítimo. Sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido de 15 noviembre de 2017. Disponible en: https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0025-judgment.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

(26) Una unidad de alcohol equivale a 10 mililitros de alcohol puro.

En cuanto a la necesidad de limitar los factores que han dado lugar a la creciente accesibilidad de las bebidas alcohólicas que amenazan la salud pública (OMS, 2010:39), en base a las investigaciones, se manifiesta que, efectivamente, si se restringe la disponibilidad, el uso del alcohol y los problemas asociados disminuyen; pero es preciso tener precaución, porque la imposición de restricciones excesivamente severas podría fomentar la aparición de un mercado ilícito paralelo (ANDERSON y BAUMBERG, 2006:258), ya que, como queda evidenciado por los precedentes históricos, la prohibición nunca es totalmente eficaz, siendo únicamente más efectiva en determinadas áreas donde el control sea más riguroso. De hecho, en la mayor parte del mundo desarrollado, la prohibición total no es la opción políticamente aceptable, si bien, es indudable el potencial para reducir los problemas del alcohol en cuanto a miembros específicos de la población (niños y adolescentes), así como en circunstancias específicas (actos culturales o eventos deportivos) e incluso en lugares concretos donde se produce el consumo (calles, parques o playas). En todo caso, es necesario promover actividades libres de alcohol como medio para disminuir la disponibilidad del mismo.

Sin embargo, el factor de fácil accesibilidad no resulta suficiente para comprender el uso abusivo de bebidas alcohólicas en determinados individuos o grupos sociales, influyendo también aspectos como nuestra situación geográfica en zona tradicionalmente productora y la publicidad realizada por los medios de comunicación social que incitan a su consumo (PONS y BERJANO, 1999:78,79), resultando, por tanto, fundamental la necesidad de prestar atención a los intereses comerciales en juego y a su posible conflicto con los objetivos de salud pública (OMS, 2010:23). Precisamente por ello, un Comité Experto recomendó a la OMS continuar su práctica de no colaboración con las alcoholeras pues "[c]ualquier interacción debe estar confinada a la discusión de la contribución que la industria del alcohol puede hacer a la reducción del daño relacionado con el alcohol solo en el contexto de sus papeles como productores, distribuidores y comercializadores del alcohol y no en términos del desarrollo de políticas sobre alcohol o de promoción de la salud" (OMS, 2006), ya que, siendo cierto que la producción, la distribución, y la venta de alcohol suponen ganancias, crean empleo e ingresos fiscales a distintos niveles, también lo es que se comercializa mediante técnicas publicitarias y de promoción vinculando marcas de alcohol a actividades deportivas y culturales, o a su patrocinio, utilizando los medios sociales y otras técnicas de comunicación (OMS, 2010:16) que forman parte del proceso de socialización, a través de los cuales se transmite a los más jóvenes valores y elementos positivos y apetecibles como elegancia, distinción, sensualidad, inteligencia, diversión, sexo, alegría, música, amistad, juventud, etc. (CÁRDENAS y MORENO-JIMÉNEZ, 1987:144). Así, ante esta situación, las iniciativas de prevención que se enfocan en los adolescentes y en los programas de educación sobre el alcohol deberían tener como objetivos cambiar estas creencias, actitudes y conductas, si bien, "[l]a educación por sí misma es una estrategia demasiado débil para contrarrestar otras fuerzas que permean el ambiente". (BABOR, 2010:232).

En todo caso, ante el abuso de consumo de alcohol en la vía pública con incumplimiento sistemático de las normas de convivencia, es necesaria la imposición efectiva de las sanciones establecidas en la normativa vigente que tienen naturaleza disuasoria, siempre teniendo en cuenta que un principio de la teoría de la disuasión es que el castigo debe ser lo suficientemente severo para reducir la probabilidad de que la conducta se repita, pero al mismo tiempo proporcional pues, aunque a menudo se asume que las sanciones más severas son más efectivas que las menos severas, el aumento en la severidad puede reducir otros factores que aumentan la disuasión, como la certeza o prontitud del castigo. De hecho, la severidad en el contexto del manejo de los problemas derivados del consumo excesivo de alcohol en la vía pública ha sido típicamente abordada introduciendo sanciones mínimas obligatorias o cambiando las sanciones máximas, siendo, por tanto, necesario el reforzar los mecanismos de la ejecución efectiva de las mismas.

Por último, y a partir de la demanda social existente, es urgente que se elabore y se apruebe definitivamente una ley estatal sobre el con-

sumo de alcohol en general, y en la vía pública en particular, que complete la regulación de esta figura en la mayor parte de las CCAA, contemplando con precisión todos los aspectos necesarios a fin de prevenir y controlar de una vez por todas el grave problema de salud con el consumo de alcohol en España, y los problemas que lleva acareados en relación con el orden público y el medio ambiente, para lo cual es necesario fortalecer el liderazgo del Estado con el propósito de controlar la disponibilidad de bebidas alcohólicas, regular la publicidad que promueve o estimula su consumo y desarrollar medidas educativas que disminuyan la tolerancia social hacia el problema, cuyas manifestaciones implican graves trastornos en la vida personal, familiar y sociales, delimitándose los conceptos principales, la caracterización del problema, sus fines, objetivos y las acciones que se llevarán a cabo para cumplirlos, estableciendo las responsabilidades y competencias de todas las áreas que intervienen, por tratarse de un problema complejo y multicausal con repercusiones de gran magnitud.

VII. Conclusiones

El ocio es una actividad pluriforme y accesible para personas de cualquier estrato social que se elige voluntariamente. En la actualidad, una de las formas de ocio más habituales está relacionada con el consumo de alcohol. Desde la antigüedad, la consumición de bebidas alcohólicas ha venido sirviendo a muchos propósitos para el individuo y la sociedad, siendo considerado al mismo tiempo un alimento, una droga y un elemento cultural cargado de significados simbólicos.

Hoy existe una preocupación mundial por las consecuencias perjudiciales del alcohol en la juventud, pues se trata de una sustancia especial considerada por la OMS como droga potencialmente adictiva, siendo peligroso su consumo tanto en la vía pública, como en un establecimiento de hostelería o en la propia vivienda, produciendo sus efectos más perjudiciales sobre la salud, pero, también, sobre la familia, el trabajo y las relaciones sociales. Sin embargo, aun siendo conscientes de sus graves consecuencias, la sociedad acepta su consumo de buen grado y lo practica, tanto en lugares privados como públicos y a la vista de la población más joven que comienza considerándolo un símbolo de independencia o rebeldía para ir creciendo con la idea de que consumir alcohol está unido al ocio, asociándolo así a un menor riesgo que el consumo de drogas de comercio ilegal.

Las consecuencias no son despreciables porque la relación entre el volumen total de alcohol consumido y el patrón de consumo de alto riesgo puede llevar casi inevitablemente a la intoxicación. Así, el consumo intenso sostenido puede generar dependencia al alcohol, el moderado durante un largo período de tiempo puede provocar cirrosis, e incluso el consumo relativamente bajo, pero unido al llamado *binge drinking* puede llevar a una intoxicación aguda de la que deriva una gran variedad de problemas médicos y sociales. En general las enfermedades que se asocian al consumo de alcohol son muy numerosas, a las que se unen las lesiones en carretera, caídas, muertes violentas, lesiones por agresión, etc.

El fenómeno complejo de contaminación múltiple conocido como botellón surge cuando ese consumo de bebidas alcohólicas se produce en la vía pública fuera de las terrazas y veladores autorizados, y se caracteriza por el descontrol del consumo alcohólico y por el desorden ciudadano. Aunque surjan voces acerca del intento de criminalización de los jóvenes que practican el botellón cada vez que se intenta limitar y regular legalmente esta práctica, lo cierto es que nadie pone en duda que sus necesidades y el deseo de relacionarse con sus iguales no deben ser reprimidos, pero sí deben sancionarse las conductas incívicas y encauzarse el conflicto de forma pedagógica con la intervención y el compromiso de las familias y del contexto educativo, sin que las autoridades públicas favorezcan los aspectos patológicos del mismo, rindiéndose ante las dificultades que plantea su control, practicando la tolerancia u ocultándose su realidad con su minimización, porque existe la necesidad de analizar el fenómeno desde la prevención, pero también de la represión de sus más intolerables aspectos. Sin embargo, por el momento, no parece que hay ningún organismo que lo haya abordado con la suficiente eficacia.

En el botellón lo que existe es una vulneración de derechos constitucionales como la salud de las personas, el orden público y el medio ambiente consecuencia de unos comportamientos que son el resultado de una actitud condescendiente, cuando no complaciente, de las autoridades locales y autonómicas, que con su aceptación y, en ocasiones, fomento a través de la exención durante fiestas patronales, culturales, etc., convierten la ciudad en un gigantesco botellón, mostrando así una simulada preocupación por el consumo en los jóvenes al tiempo que fomentan ese consumo "público" y autorizado de alcohol.

Porque no todos los jóvenes participan en botellones y no todos los que participan son tan jóvenes, es necesario abandonar la complacencia con el consumo público de alcohol y la hipocresía de culpar a los más jóvenes por un comportamiento que le ha sido enseñado, ensalzado y consentido por sus mayores. La mayor preocupación, más allá de la libertad individual o de la responsabilidad de cada ciudadano sobre su propio cuerpo y su propia vida, es que el abuso de sustancias tóxicas legales genera un problema de salud pública, si tenemos en cuenta los enormes costes sociales derivados, y, siendo la búsqueda de la salud uno de los valores más apreciados de la sociedad moderna, se explica el creciente interés en la política sobre alcohol. Pero el desafío se complica aún más porque la salud pública compite a menudo con otros valores sociales como el libre comercio y la libertad individual.

El consumo de alcohol presenta también consecuencias externas al provocar daños sociales que suelen soportar personas ajenas al consumidor, por ejemplo, episodios de violencia, daños a la propiedad, accidentes de tránsito, etc. En todo caso, desde que se eliminaron las faltas referidas al civismo como conductas penalmente relevantes en virtud del principio penal de intervención mínima del Derecho penal, se encomienda al Derecho administrativo sancionador la tipificación de las infracciones y las sanciones que debe imponer la Administración, porque, aunque parece razonable que en una sociedad del bienestar el civismo se imponga de forma natural y espontánea, lo cierto es que determinados comportamientos incívicos como el vandalismo, la suciedad, los ruidos y las molestias para los vecinos, se han manifestado con particular intensidad en los últimos años hasta el punto de reclamarse por parte de los ciudadanos la tolerancia cero ante estas incivilidades. Sin embargo, la represión sin alternativas no es suficiente, por lo que utilizar el símil de las ventanas rotas que castiga los daños sin interesarse por conocer las causas presenta agujeros argumentativos, siendo salvable el simbolismo que acoge de luchar contra la apariencia de inseguridad a través de la apariencia de seguridad, recurso seductor al que se trata de acudir cuando han fallado el resto de los mecanismos.

La cultura hedonista del bienestar resulta autodestructiva sino se controla, así, se constata que, tras el levantamiento de las restricciones una vez finalizada la crisis sanitaria, la sociedad actual se configura desde un individualismo relativista que hace que el individuo se manifieste competitivo, poco cooperador e insolidario, debilitando sus vínculos con la comunidad. Hoy día resulta más imperioso que nunca recuperar ese sentimiento de vecindad, o, al menos, esos *tria praecepta iuris* que consideraba Ulpiano necesarios para comportarse en sociedad, "vivir honestamente, no dañar a nadie y darle a cada uno lo suyo" (OSLÉ *et al*, 2003:174).

VIII. Bibliografía

ALMODOVAR IÑIESTA, María, "El consumo de alcohol en las vías públicas: régimen jurídico y competencias administrativas", Ed. Civitas, Madrid, 2003.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, "Bien jurídico penal y Derecho Penal mínimo de los derechos humanos", Ediciones Universidad de Valladolid, 2014a.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, "¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal", en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado,* Tirant lo Blanch, 2014b.

AMAT FLÓREZ, Carmen, "Embriaguez y moderación en el consumo de vino en la antigüedad", Iberia, nro. 9, 2006, pp. 125-142.

AMEZCUA, Manuel y PALACIOS RAMÍREZ, José, "Jóvenes, alcohol y riesgo: una mirada crítica desde las teorías socioculturales", Index Enferm, Granada, sept. 2014, v. 23, nro. 3, pp. 149-152.

ANDERSON, Peter & BAUMBERG, Ben, "Alcohol in Europe", Institute of Alcohol Studies, European Commission (OIL), Luxembourg, London, 2006.

ARROYO ZAPATERO, Luis, "Derecho penal económico y Constitución", *Rev. Penal,* nro. 1, 1998, pp. 1-15.

BABOR, Thomas *et al.,* "El alcohol: un producto de consumo no ordinario. Investigación y políticas públicas", Organización Panamericana de la Salud, 2ª ed., Washington, DC, 2010.

BAIGORRI, Artemio; CHAVES, Mar; FERNÁNDEZ, Ramón y LÓPEZ-REY, José A., "El botellón: glocalizando un conflicto postmoderno", *Turismo, ocio y deporte: VIII Congreso de Sociología,* 2004, pp. 111-130.

BAIGORRI, Artemio y CHAVES, Mar, "Botellón: más que ruido, alcohol y drogas (la sociología en su papel)", *Anduli. Revista Andaluza de Ciencias Sociales* nro. 6, 2006, pp. 159-173.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, "Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy", Iustel, 2012.

BOBBIO, Norberto, "El tiempo de los derechos", Ed. Sistema, Madrid, 1991.

BOMBILLAR SÁENZ, Francisco Miguel, "Contaminación acústica", en TORRES LÓPEZ, Ma. Asunción - ARANA GARCÍA, Estanislao (dirs.), *Derecho Ambiental,* Ed. Tecnos, Madrid, 2018, pp. 232-249.

CANDIL JIMÉNEZ, Francisco, "Síntesis del III Seminario Internacional sobre "El vandalismo de menores", *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* 1981, fasc./mes 1, t. 34, pp. 209-222.

CÁRDENAS GARCÍA, Carmen y MORENO-JIMÉNEZ, Bernardo, "La publicidad de bebidas alcohólicas y el consumo de alcohol en la adolescencia", *Estudios sobre consumo* nro. 10, abril 1987, pp. 141-258.

CORMAN, Hope & MOCAN, Naci, "Carrots, Sticks, and Broken Windows", *Journal of Law and Economics,* University of Chicago Press, vol. 48 **(27)**, April, 2005, pp. 235-266.

CORTÉS, Beatriz, "La funcionalidad contradictoria del consumo colectivo de alcohol", *Revista Nueva Antropología* X, 1988, (034): 157-185.

CUENCA CABEZA, Manuel y CARREÑO CARDOZO, Juan Manuel, "Ocio y jóvenes", *Lúdica pedagógica* nro. 23, 2016-I, pp. 05-06.

CUENCA CABEZA, Manuel, "El ocio como experiencia de desarrollo humano, un reto para el siglo XXI", en DE LA CRUZ AYUSO, Cristina, (coord.), *Los retos del ocio y la discapacidad del siglo XXI: actas de las V Jornadas de la Cátedra ONCE Ocio y Discapacidad*, Universidad de Deusto, 2003.

DARROW, Clarence & YARROS, Victor S., "The Prohibition Mania: A Reply to Professor Irving Fisher and Others", Boni and Liveright, New York, 1927.

DE BENOIST, Alain, "Psicología de las masas por Gustave Le Bon", Ed. Morata, Madrid, 2014.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, "La prevención de la delincuencia callejera mediante videocámaras. Regulación jurídica y eficacia", *Política Criminal,* nro. 7, vol. 4, art. 6, 2009, pp. 171-196.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría", Ed. Trotta, Madrid, 2003.

DIXON, David, "Beyond Zero Tolerance", NEWBURN, Tim (ed.), *Policing Key Readings,* Willan Publishing, Devon, 2005, pp. 483-507.

(27) Cambridge University Press. binge drinking. In Cambridge dictionary. (n.d.). [Internet] https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english-spanish/binge-drinking (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

El Economista. [Internet]. 9 de septiembre de 2009. El PNV pide respuestas penales ante "botellones" como el de Pozuelo. https://ecodiario.eleconomista.es/sociedad/amp/1526101/El-PNV-reclama-respuestas-penales-ante-casos-de-botellones-como-el-de-Pozuelo (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

FEINBERG, Joel, "The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to others", Oxford University Press, 1985, vol. 2.

GARCÍA, Alejandro V., "La corporación granadina acude a la vía penal para combatir el 'botellón'". [Internet]. El País. 19 de enero de 2002. https://elpais.com/diario/2002/01/19/andalucia/1011396123_850215.html (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

GARCÍA MARTÍNEZ, Alfonso y SÁNCHEZ LÁZARO, Antonia María, 2Drogas, sociedad y educación", Universidad de Murcia, 2011, 2ª ed. revisada.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "El principio de precaución en el Derecho penal. Contribución político-criminal a los delitos de riesgo normativo", en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Principio de precaución y Derecho punitivo del Estado,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 81-117.

GONZÁLEZ ROLÁN, Tomás, "Aio y nego, otium, avvs y negotium y la teoría laringal", *Cuadernos de filología clásica,* nro. 1, 1971, pp. 211-250.

GUILLÉN I LASIERRA, Francesc, "La utilidad de las legislaciones y políticas duras como políticas de seguridad ciudadana", *Revista Catalana de Seguretat Pública,* 2000, pp. 97-119.

JACOBS, Jane, "The Death and Life of Great American Cities", Edición original de 1961 Traducción Ángel Abad. España Capitán Swing Libros S.L., Ed. 2011.

JÁUREGUI, Inmaculada, "Droga y sociedad: la personalidad adictiva de nuestro tiempo. Nómadas", *Critical Journal of Social and Juridical Sciences,* nro. 2, 2007, vol. 16.

JERICÓ OJER, Leticia, "Análisis de la relevancia penal de la contaminación acústica en ámbitos urbanos tras la reforma de los delitos contra el medio ambiente (LO 1/2015, de 30 de marzo)", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* nro. 18, 2016.

JERICÓ OJER, Leticia, "La tutela penal del ruido", en ALENZA GARCÍA, José Francisco (coord.), *El Derecho contra el ruido,* Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, "Convivir en la ciudad", Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, Bilbao, 2011.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Derecho Penal", Editorial Reus, Madrid, 1924, 3ª ed.

JUVENAL, "Sátiras. Traducción, estudio introductorio y notas de Bartolomé Segura Ramos", *Consejo Superior de Investigaciones Científicas,* Madrid, 1996, Sátira X-77-80.

KUHLEN, Lothar, "Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)", *Goltdammer's Archivfür Strafrecht,* Heidelberg, Decker, 1986, pp. 389-408.

La Fiscalía no ve indicios de delito en el tema de los ruidos. [Internet]. Diario Hoy. 1 de febrero de 2011. https://www.hoy.es/v/20110201/plasencia/fiscalia-indicios-delito-tema-20110201.html (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

La Moncloa. El Gobierno manifiesta su intención de llevar a buen fin la Ley sobre alcohol y menores en esta legislatura. 2021. [Internet]. https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Paginas/2021/260321-alcohol_menores.aspx (fecha de consulta: 20 de febrero de 2022).

La Santa Biblia: Reina Valera. 1909. [Internet]. https://ebible.org/study/content/texts/spaRV1909/index.html (fecha de consulta: 20 de febrero de 2022).

LÁZARO FERNÁNDEZ, Yolanda; MADARIAGA ORTUZAR, Aurora; LAZCANO QUINTANA, Idurre y DOISTUA NEBREDA, Joseba: "El dere-

cho al ocio: un derecho humano en ocasiones desconocido", *Siglo Cero. Revista española sobre Discapacidad Intelectual,* nro. 241, 2012, vol. 43.

LAZCANO QUINTANA, Iurre y MADARIAGA ORTUZAR, Aurora, "El valor del ocio en la sociedad actual", en BERTHET Marie-Avril (aut.), LAZCANO QUINTANA, Idurre (aut.), LOMBI, Linda (aut.), MADARIAGA ORTUZAR, Aurora (aut.), RAMOS PÉREZ, Alfredo (aut.), RODRÍGUEZ SAN JULIÁN, Elena (aut.), SANMARTÍN ORTÍ, Anna (aut.), ZOLTAN, Szabo Janós (aut.), *La marcha nocturna: ¿Un rito exclusivamente español?,* 2016, pp. 15-33.

LOMBROSO, Cesare, "L'uomo delinquente: in rappor to all'antropologia, alla giurisprudenza e dalle discipline carcerarie", Fratelli-Bocca, Torino, 1897.

MAQUEDA ABREU, Maria Luisa, "La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las clases 'peligrosas'", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* nro. 17-12, 2015, pp. 1-56.

MAQUIAVELO, Nicolás, "Discursos sobre la época de Tito Livio". Traducido por Carola Tognetti. Greenbook Store edición digital, 2021.

MARTÍNEZ, J. A. y NAVARRO, D., "La Fiscalía descarta intervenir contra el botellón porque beber en la calle no es delito". [Internet]. Diario Información. 31 de marzo de 2010. https://www.diarioinformacion.com/alicante/2010/03/31/fiscalia-descarta-intervenir-botellon-beber-calle-delito/994808.html (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco, "El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana LO 4/2015 de 30 de marzo", *Estudios de Deusto* nro. 2, vol. 64. Facultad de Derecho de Deusto, Julio-diciembre 2016, pp. 101-126.

MEDINA ARIZA, Juan José, "Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* 2003, arts. 05-03.

MENÉNDEZ, Eduardo Luis y DI PARDO, René Beatriz: "Dependencias y Políticas: los usos Técnico/Ideológicos del Sector Salud", *Monografías Humanitas,* nro. 5 (Ejemplar dedicado a: Uso de drogas y drogodependencias), 2004, pp. 7-21.

MILL, John Stuart, "Sobre la libertad", Ed. Alianza, Madrid, 2007.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Resolución de 11 de abril de 2016, de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, por la que se otorga la Cruz Blanca de la Orden al Mérito del Plan Nacional sobre Drogas a la Federación Española de Bebidas Espirituosas. BOE. Núm. 116. (13 de mayo de 2016). Sec. III. Pág. 31890. https://www.boe.es/boe/dias/2016/05/13/pdfs/BOE-A-2016-4616.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Estrategia nacional sobre adicciones 2017-2024. (2018, 9 febrero). https://pnsd.sanidad.gob.es/pnsd/estrategiaNacional/docs/180209_ESTRATEGIA_N.ADICCIONES_2017-2024__aprobada_CM.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Informe 2019. Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España., Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones. (OEDA), 12 de noviembre de 2019. https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/informesEstadisticas/pdf/2019OEDA-INFORME.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

Ministerio de Sanidad. Informe 2020. Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España. Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones (OEDA), 2020a. https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/informesEstadisticas/pdf/2020OEDA-INFORME.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

Ministerio de Sanidad. Encuesta sobre alcohol y otras drogas en España, EDADES 2019/20. Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones (OEDA). 2020c. https://

pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/pdf/EDADES_2019-2020_resumenweb.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

Ministerio de Sanidad. Líneas de actuación en el ámbito de la prevención del consumo de alcohol. Grupo de Trabajo de Prevención del Consumo de Alcohol, bajo la coordinación de la Subdirección General de Promoción, Prevención y Calidad. 2021a. https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/Prevencion/alcohol/docs/Lineasactuacion_PrevencionConsumoAlcohol.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

Ministerio de Sanidad. Encuesta OEDA-COVID 2020. Impacto de la pandemia por Covid-19 durante el año 2020 en el patrón de consumo de sustancias psicoactivas y otros comportamientos con potencial adictivo. Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones. 2021b. https://pnsd.sanidad.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/COVID-19/20210326_Informe_ENCUESTA_OEDA-COVID_2020_def.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

MONTESQUIEU, "El espíritu de las leyes", U. de Cambridge, 1989.

MÜNSTERBERG, Hugo, "American Problems from the Point of View of a Psychologist", Ed. Moffard, Yard and Company, New York, 1910.

MUÑOZ CONDE, Santiago y AUNION ACOSTA, Bella, "Drogas y Derecho penal", Eguzkilore, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* nro. 5. Sn Sebastián, 1991, pp. 147-157.

MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, "Ruido procedente de lugares de ocio: una conducta habitual con escasa respuesta penal", *Revista Aranzadi Doctrinal,* nro. 5, parte Tribuna, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 11-18.

NIETO GARCÍA, Alejandro, "Derecho Administrativo Sancionador", Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

OMS. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. 1948. https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf?ua=1 (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

OMS. Glosario de términos de alcohol y drogas. 1994. https://www.who.int/substance_abuse/terminology/lexicon_alcohol_drugs_spanish.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

OMS. Neurociencia del consumo y dependencia de sustancias psicoactivas. 2005. https://www.who.int/substance_abuse/publications/neuroscience_spanish.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

OMS. Segundo Informe: Comité de Expertos de la OMS en Problemas Relacionados con el Consumo de Alcohol. (2006). https://www.who.int/substance_abuse/expert_committee_alcohol_trs944_spanish.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

OMS. Estrategia mundial para reducir el uso nocivo del alcohol. 2010. https://www.who.int/substance_abuse/activities/msbalcstrategyes.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

OMS. Alcohol in the European Union. Consumption, harm and policy approaches. 2012. https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0003/160680/e96457.pdf (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

OMS. Alcohol. [Comunicado de prensa] 21 de septiembre 2018. https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/alcohol (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

OSLÉ, Rafael Domingo; ORTEGA, Javier y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, Beatriz, "Principios de derecho global aforismos jurídicos comentados", Aranzadi Thomson Reuters, 2003.

PAN-MONTOJO, Juan y PUIG RAPOSO, Nuria, "Los grupos de interés y la regulación pública del mercado de alcoholes en España (1887-1936)", *Revista de Historia Económica-Journal of Iberian and Latin American Economic History,* nro. 2, 1995, año nro. 13.

PINEDO HAY, Jorge, "El ruido del ocio. Análisis jurídico de la contaminación acústica producida por las actividades de ocio", Bosch, Barcelona, 2001.

PONS DIEZ, Javier y BERJANO PEIRATS, Enrique, "El consumo abusivo de alcohol en la adolescencia: un modelo explicativo desde la psicología social", Ministerio de Interior, Plan Nacional Sobre Drogas, Editorial, 1999.

RUSSELL, Bertrand, "La conquista de la felicidad", DeBolsillo, Barcelona, 2003.

RAYA, M. J., "Archivada por la Fiscalía la denuncia del 'botellón'". [Internet]. Diario Córdoba. 11 de febrero de 2006. Disponible en: https://www.diariocordoba.com/noticias/cordobaprovincia/archivada-fiscalia-denuncia-botellon_231361.html (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

REY MARTÍNEZ, Fernando, "Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales", UNED, *Teoría y Realidad Constitucional,* nro. 41, 2018, pp. 881-296.

RODRÍGUEZ-MARTOS, Alicia, "¿Por qué es tan difícil legislar sobre alcohol en España?", *Adicciones,* nro. 4, 2007, vol. 19, pp. 325-332.

RUMGAY, Harriet; SHIELD, Kevin; CHARVAT, Hadrien; FERRARI, Pietro; SORNPAISARN, Bundit; OBOT, Isidore; ISLAMI, Farhad; LEMMENS, VALERY, E. P. P.; REHM, Jürgen & SOERJOMATARAM, Isabelle, "Global burden of cancer in 2020 attributable to alcohol consumption: a population-based study", *The Lancet Oncology,* july 13, 2021. Disponible en: https://www.thelancet.com/journals/lanonc/article/PIIS1470-2045 **(28)**00279-5/fulltext (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, "La gestión urbana de la seguridad: política criminal y municipios", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea),* nro. 12-09, 2010.

SANCHIS, Carles y ARAGÓN, Carlos M. G., "¿Qué bebemos cuando bebemos? El papel del acetaldehído en el consumo de alcohol". *Adicciones [en línea].* 2007, 19 **(29)**, 5-11. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=289122034003 (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

SENECA, "Epístolas morales a Lucilio (Libros X-XX Y XXII [Frs.], Epístolas 81 - 125). Libro X, Epíst. 8,18". Traducción y notas de Ismael Roca Meliá, Biblioteca clásica Gredos, 129, 1989.

TARDE, Gabriel, "La opinión y la multitud", Taurus, Madrid, 1986.

TAYLOR, Myra F. & KHAN, Umneea, "What works and what does not work in reducing juvenile graffiti offending? A comparison of changes that occurred in the frequency of persistent graffitists' patterns of offending following the announcement of two successive initiatives aimed at reducing graffiti proliferation", *Crime Prevention and Community Safety,* nro. 2, 2014, vol. 16, pp. 128-145.

THACHER, David, "Order Maintenance Reconsidered: Moving beyond Strong Causal Reasoning". J. Crim. L. &Criminology, N° 381, pp. 385— 413. 2003-2004.

VALENCIA MARTÍN, José L.; GALÁN, Iñaki; SEGURA GARCÍA, Lidia; CAMARELLES GUILLEM, Francisco; SUÁREZ CARDONA, Mónica y BRIME BETETA, Begoña, "Episodios de consumo intensivo de alcohol 'binge drinking': retos en su definición e impacto en salud", *Rev. Esp. Salud Pública,* vol. 94, 13 noviembre 2020.

VEGA FERNÁNDEZ, Eduardo, "El control y la prevención del delito como objeto de la criminología", Miscelánea Comillas, *Revista de Cien-*

(28) "Iam pridem, ex quo suffragia nulli uendimus, effudit curas; nam qui dabat olim imperium, fasces, legiones, omnia, nunc se continet atque duas tantum res anxius optat, panem et circenses". (Ha tiempo que, desde que no vendemos los votos a nadie, ha descargado sus preocupaciones. Pues quien antes conferia imperio, fasces, legiones, todo, ahora se contiene y solo anhela con avidez dos cosas, pan y juegos del Circo.)

(29) Cambridge University Press. binge drinking. In Cambridge dictionary. (n.d.). [Internet] https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english-spanish/binge-drinking (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

cias Humanas y Sociales, nro. 146, 2017, vol. 75, pp. 171-194.

VOZMEDIANO SANZ, Laura; SAN JUAN, César y VERGARA, Ana Isabel, "Problemas de medición del miedo al delito: Algunas respuestas teóricas y técnicas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* nro. 10-07, 2017, pp. 07:1-07:17.

WHO. Tackling NCDs: 'best buys' and other recommended interventions for the prevention and control of noncommunicable diseases. World Health Organization. ¿2017. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259232/WHO-NMH-NVI-17.9-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2022).

WILSON, James Q. & KELLING, George L., "Broken Windows", *The Atlantic Monthly,* nro. 3, 1982, vol. 249, pp. 29-38.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "El enemigo en el derecho penal", Dykinson, Madrid, 2006.

Nota a Fallo

ENCUBRIMIENTO

Adquisición de automotor con conocimiento de su origen ilícito. Agravante. Ánimo de lucro. Mero uso de la cosa. Disidencia parcial.

Con notas de Augusto Ponce y Marlon César Martínez

1. — En el delito de encubrimiento, ante la reforma del art. 277 CP, se impone una interpretación restrictiva de la circunstancia agravante, lo que implica que, para que sea aplicable, el acusador debe demostrar fehacientemente cuál fue el beneficio económico que logró el autor del hecho con la receptación de la cosa; claro está que, desde esta perspectiva, el ánimo de lucro no puede estar sostenido en el mero uso de la cosa, porque, de ese modo, todos los encubrimientos por receptación serían agravados por el ánimo de lucro, lo que implicaría suprimir de hecho la figura del encubrimiento simple.

2. — Corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley 24.825 y del artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación, toda vez que lo allí establecido quebranta lo dispuesto en los artículos 1, 18 y 118 de la Constitución Nacional (del voto en disidencia parcial del Dr. Magariños).

CNCasCrim. y Correc., sala III, 18/11/2021. - Mendoza Bernabé, Luis Víctor c. Brítez, Antonio Javier s/ encubrimiento (art. 278).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/181904/2021]

Expte. n° CCC 038439/2018/TO01/CNC001

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2021.

Resulta:

I. En el marco del procedimiento previsto en el art. 431 bis CPPN, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 10 de esta ciudad, integrado de manera unipersonal por la jueza Silvia Estela Mora, condenó a Antonio Javier Britez a la pena de un año y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas, como autor del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro (arts. 277 inciso 1 letra c e inciso 3 letra b CP).

II. La defensa interpuso recurso de queja contra la decisión del Tribunal que rechazó el recurso de casación presentado contra esa decisión (fs. 172/177, 188/189 y 222/230), al que la Sala de Turno hizo lugar, por mayoría (fs. 232/233). El recurso fue mantenido (fs. 240).

III. En el término de oficina, contemplado en los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del mismo código, la parte recurrente realizó una presentación (fs. 248/251).

IV. Superada la etapa contemplada en el art. 465 citado, quinto párrafo, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

V. Tras la deliberación del Tribunal, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Considerando:

El doctor *Jantus* dijo:

I.a. El Tribunal consideró, conforme el requerimiento fiscal de elevación a juicio, que se imputa a Britez "haber recibido o adquirido el vehículo marca Renault, (modelo) Duster, dominio AB6568ZU, de titularidad de Luis Víctor Mendoza Bernabé, con conocimiento de su origen ilícito y con ánimo de lucro. El hecho ocurrió el 27 de junio de 2018, en horas del mediodía cuando el imputado conducía el rodado mencionado por la intersección de las calles Barros Pazos y Martínez Castro de Villa Fátima, de esta ciudad. En ese contexto, mientras personal policial de la División Brigada de Prevención de Investigación de la Comuna Cuatro se desplazaba a bordo de un automóvil no identificable como policial (marca Chevrolet Corsa, dominio IOWO62), observó que el vehículo Renault Duster, dominio AB658ZU, que circulaba en sentido contrario al del Corsa, de manera brusca casi lo colisiona, al tiempo que a la par de dicho automotor un motociclista intercambiaba palabras. Los policías sospecharon que se estaba produciendo un hecho ilícito, por lo cual, encendieron balizas y sirena para que el vehículo detenga su marcha, sin embargo, el imputado hizo caso omiso. Por ello es que se inició una persecución policial por las calles Lacarra, Fernández de la Cruz y Martínez Castro, lugar en el cual, finalmente, el acusado perdió el control del vehículo, se subió a la vereda y terminó colisionando contra el automóvil policial. Britez continuó la huida por la calle 27 de mayo, a bordo del rodado, hasta que a los pocos metros descendió del mismo y continuó la fuga a pie. El Oficial Primero Jonathan Rojas le dio alcance en la intersección de Laguna y 27 de mayo, procediendo así a la detención del imputado, al secuestro del Renault Duster y de la documentación allí encontrada, perteneciente a su titular Luis Víctor Mendoza Bernabé. Si bien sobre el vehículo no pesaba al momento pedido de secuestro, mediante contacto telefónico con Mendoza Bernabé los preventores determinaron que

el automóvil era de su propiedad, que le había sido sustraído a mano armada el 15 de junio de 2018, y que por ello había radicado denuncia en la Comisaría Noreste 6ª. de La Matanza, provincia de Buenos Aires".

b. Luego, tuvo en consideración que de conformidad con lo establecido en el art. 431 bis punto 1 párrafo 2 CPPN, la Fiscalía propuso la pena de un año y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas, por considerarlo autor del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro; y que el imputado, asistido por la defensor, prestó conformidad acerca de la materialidad del hecho y de la responsabilidad penal que le cupo, tal como fue descripto en el requerimiento de elevación a juicio, concordando asimismo con la calificación legal en que debía encuadrarse la conducta.

c. En punto a la fundamentación de la figura legal seleccionada, lo que como se verá, resulta materia de recurso, señaló la magistrada que "existe prueba suficiente para considerar que aquél recepcionó el vehículo sabiendo o debiendo sospechar su origen espurio, toda vez que fue detenido a bordo de la camioneta previo intentar darse a la fuga, al percatarse de la presencia policial, la que continuó a pie, pretendiendo evadir a la autoridad, lo que denota sin margen de duda que tenía conocimiento del origen ilícito del rodado que conducía, el que por lo demás registraba pedido de secuestro por ante la comisaría 6ª de la Matanza. La agravante en el caso, se trasluce en la obtención de cualquier beneficio material apreciable, siendo indiferente que consista en la adquisición de la propiedad o la simple posesión del bien, si redunda en un beneficio económico que deriva de su uso. El hecho que el encartado se encontrara en poder de un bien registrable, sin ninguna documentación que autorice su tenencia y uso frente a terceros, es una pauta objetiva que demuestra la receptación dudosa e irregular del vehículo, lo que Britez no podía soslayar en atención al destino que a éste le daba".

En particular, sobre la agravante, se explicó en la sentencia que "probado el uso del rodado por parte del justiciable, el fin de lucro resulta manifiesto, ya que consiste en la obtención de una ventaja derivada del empleo de la cosa".

II.a. La defensa se agravió por errónea aplicación de la ley sustantiva, cuestionando por falta de fundamentación la aplicación de la agravante receptada en el art. 277 inciso 3 letra b CP.

Afirmó que "de las pruebas producidas durante el juicio no puede afirmarse en modo alguno la existencia del elemento subjetivo del tipo del encubrimiento agravado por ánimo de lucro. Para que se tenga por acreditado el ánimo de lucro como agravante de la figura simple de encubrimiento, se requiere más que el dolo de la figura simple; es decir la recepción de un objeto a sabiendas de su procedencia ilícita, sino que además debe existir la intención de obtener con ello un provecho económico o ganancia patrimonial".

Citó doctrina que requiere la "presencia de una especial elemento subjetivo, distinto del dolo, constituido por el ánimo de lucro" (Donna), que el "motivo predominante para delinquir ha(ya) sido el interés de ganancia o provecho económico" (Núñez) y que "el móvil (de obtener o un beneficio económico, es decir, cualquier ventaja de orden patrimonial) acompañe al dolo" (Fontán Balestra).

Por eso sostuvo que "el hecho de que el imputado hubiera utilizado el vehículo no constituye prueba suficiente para tener por acreditado ese extremo; que "el uso de la cosa no es sí mismo un provecho económico, toda vez que no es redituable patrimonialmente para la persona como lo requiere el tipo subjetivo (distinto será el caso de que su uso sea para transportas personas por ejemplo, obteniendo de su uso una ganancia por dicho transporte)". Citó doctrina y jurisprudencia, que refiere a otros supuestos: "venderlo, alquilarlo, hacerlo trabajar como medio de transporte o incluso desguazarlo para negociar con la venta de sus repuestos".

Destacó luego que la Ley nº 25.246 convirtió en una agravante genérica aplicable a todos los supuestos contemplados en el primer inciso del art. 277 CP lo que antes se consideraba un elemento subjetivo del tipo básico; razonando que "si entendemos como el caso traído a debate, que el mero uso de cosa configura el elemento del tipo subjetivo requerido para que opere el ánimo de lucro, se pierde aquello que tuvo en miras el legislador al momento de la reforma, al sacar el ánimo de lucro de la figura básica, y ponerlo con un agravante. Pues toda receptación de una cosa, constituiría automáticamente el agravante; es decir la acción de adquirir supone apropiarse de una cosa, lo que presume su uso y goce, sino sería en vano la adquisición".

En su presentación en esta instancia, en el término de oficina, la parte recurrente agregó que de los antecedentes parlamentarios de cuya discusión resulta la alusión a que se trate de una forma de sustento económico para el autor.

Y de manera subsidiaria planteó la inconstitucionalidad de la norma, por vulnerar los principios fundamentales de acto y de lesividad (art. 19 CN), al relacionarse con un elemento relativo al ánimo, a los fines o motivos que guían la actuación de las personas (cita del caso "Moreira" del ex Tribunal Oral en lo

Criminal 23 de esta Ciudad, causa nº 3189, sentencia del 18/11/09).

b. En breves notas introdujo un agravio nuevo, vinculado a que "no se ha logrado acreditar que (el imputado) conociera el origen espurio del rodado, faltando el elemento subjetivo dolo directo necesario para sostener la atribución del delito de encubrimiento que se intenta aplicar".

Afirmó que las circunstancias invocadas por el Tribunal son insuficientes en ese sentido, ya que "no determinan –de por sí que (...) conociera el origen espurio del rodado"; en particular, no se acreditaron "las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su recepción, ni del conocimiento que pudiera tener el nombrado acerca de la procedencia de éstas, las que eran por demás relevantes a los fines de acreditar los elementos del tipo penal". Citó casos de esta Sala.

III. Asiste razón a la defensa en punto al alcance que debe acordarse a la norma (art. 277 inciso 3 letra b CP) y, en consecuencia y en función de las circunstancias fácticas corroboradas en el caso, a que debe excluirse su aplicación.

Como he resuelto anteriormente (causa n° 2562 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal N° 23, "Salinas"), la agravante antes conformaba un elemento normativo del tipo de encubrimiento, en la vieja figura del art. 277 inciso 3 CP; y es claro que luego de la modificación resulta una circunstancia agravante no requerida por la figura del encubrimiento por receptación.

En la medida en que en la anterior redacción el esa forma especial de ánimo resultaba una exigencia típica, la jurisprudencia y la doctrina habían elaborado una interpretación amplia de ese concepto, que comprendía cualquier beneficio, inclusive el mero uso de la cosa de origen ilícito.

Sin embargo, ante la reforma, se impone una interpretación restrictiva de la circunstancia agravante, lo que implica que, para que sea aplicable, el acusador debe demostrar fehacientemente cuál fue el beneficio económico que logró el autor del hecho con la receptación de la cosa; claro está que, desde esta perspectiva, el ánimo de lucro no puede estar sostenido en el mero uso de la cosa, porque, de ese modo, todos los encubrimientos por receptación serían agravados por el ánimo de lucro, lo que implicaría suprimir de hecho la figura del encubrimiento simple.

En el mismo sentido se expidió la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que sostuvo "en el beneficio que castiga la agravante debe verificarse un 'plus' en el destino natural de la cosa en favor del autor y no el rédito propio que proporciona el objeto por sí sólo y según sus condiciones intrínsecas (...) No surge del sumario pauta objetiva alguna que permita presumir fundadamente que el incusado tenía por finalidad vender el bien, lo que descarta la calificante pregonada" (Causa 28.914 "Pistone, Leonardo Fabián s/encubrimiento", resuelta el 20 de abril de 2006).

Y también parte de la doctrina (ver, al respecto, Código Penal comentado y anotado, bajo la dirección de Andrés J. D'Alessio y la coordinación de Mauro A. Divito, La Ley, tomo 2 – Parte Especial, primera reimpresión de la primera edición, Buenos Aires, 2006, páginas 917 y 918).

En igual sentido explicó el doctor Niño en la causa "Martínez" de esta Cámara (Reg. n° 428/2017), que en su redacción anterior la figura de receptación del tipo penal de encubrimiento se encontraba regulada en los arts. 277 inciso 3 y 278 CP, mientras que en la actualidad, lo que antes era un elemento subjetivo del tipo básico —ánimo de lucro—, pasó a convertirse en una agravante genérica, con el aumento de pena respectivo.

Esa modificación, señalaba, resulta demostrativa de la intención del legislador de continuar sancionando al receptor de la cosa aún sin que medie ese plus motivador de su accionar; y, paralelamente, de duplicar la respuesta punitiva cuando el ánimo de lucro pueda evidenciarse a partir de su comportamiento: se trata de hipótesis diferenciadas que, lógicamente, no importan un mismo grado de disvalor.

De adverso, agregaba, una lectura del precepto legal impugnado como la propuesta por la mayoría del a quo –en aquél caso– y que entiende que "la agravante del inc. 3°, apartado b), como especial elemento del tipo subjetivo en la agravante, se traduce en el propósito del agente de obtener cualquier tipo de ventaja patrimonial, apreciable económicamente, independientemente de que el propósito se consiga o no" (sic), implica dejar vacío de contenido el tipo agravado en el inciso b, apartado 3 del art. 277 CP, si se tiene en cuenta que muy difícilmente puedan existir supuestos en los que el sujeto no esté movilizado por la ventaja económica que en sí misma importa la apropiación de cualquier objeto, por fuera de los canales legales respectivos.

De otra parte, señalaba, la contracara de la postura que sostenía, implicaría dejar latente la posibilidad de un doble reproche penal en función de que una misma acción difícilmente sea removida del tipo legal agravado si no se considera, como elemento subjetivo distinto del dolo, al ánimo de lucro, culminando por incriminar a alguien por adquirir o recibir una cosa

proveniente de la comisión de un ilícito ejecutado por otro y sancionándolo por su uso normal y habitual.

Concluía, así, que considerar que la sola receptación de la cosa proveniente de un hecho ilícito no trae aparejada en su motivación el uso mismo de aquélla como consecuencia natural, no se condice con la redacción del texto legal vigente y no prueba, por sí misma, la presencia del ánimo de lucro que la agravante requiere. Esa especial motivación, independiente del dolo acogido en la figura base debe encontrarse acreditada en la intención del agente por obtener un beneficio económico. Así, la agravante será pasible de aplicación, a modo de ejemplo, en los casos en que un individuo reciba un vehículo sustraído y lo destine al negocio del transporte de pasajeros –o bien lo revenda–, como aquél que adquiriere mercadería robada y la repusiere nuevamente en el circuito legal, por citar algunos de los supuestos más habituales.

En consecuencia, si no se ha acreditado en el caso la presencia del elemento subjetivo distinto del dolo requerido por el legislador para trasladar el análisis de una conducta de la figura base de encubrimiento por receptación dolosa al marco del art. 277 inc. 3 apartado b CP, corresponde excluirla, decía.

Aquí, al igual que en los casos citados, no existen motivos para concluir que el accionar del imputado haya sido demostrativo de una intención destinada a la obtención de una ganancia o provecho material distinta a la del simple uso del bien para cual fue destinado.

Ello no se satisface, como destaca la defensa, con la referencia en el fallo relativa a que "probado el uso del rodado por parte del justiciable, el fin de lucro resulta manifiesto, ya que consiste en la obtención de una ventaja derivada del empleo de la cosa" pues, precisamente, como señalaba el estimado colega, no sólo ello es insuficiente, sino que no se identificó ni resulta de la descripción del suceso, la concurrencia de esa motivación especial, sino tan sólo su empleo o mera tenencia en las circunstancias descriptas.

IV. Por último, en cuanto al planteo introducido en la última presentación ante esta Instancia, si bien en el marco de la revisión integral que demanda el recurso de casación he admitido en otras oportunidades la inclusión de agravios novedosos en el término de oficina (art. 466, CPPN), lo cierto es que en estos casos, en los que la objeción ha sido introducida mediante breves notas y no ha tenido tratamiento previo, entiendo correcto no someter a revisión este agravio (cf. causa "Chuit" de esta Sala, Reg. nº 1224/20).

V. En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar parcialmente la sentencia recurrida, excluir de su aplicación al caso la calificante contenida en el art. 277 inciso 3 letra b CP, y reenviar el caso para que otro magistrado integrante del Tribunal de juicio determine el monto de pena a imponer; sin costas (arts. 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Y por ello es inoficioso el tratamiento del restante agravio.

El doctor *Magariños* dijo:

Tal como señalé al integrar la Sala de Turno de esta Cámara (reg. nº S.T 1970/2018), los términos en que viene planteada la cuestión exigen, de modo ineludible, el examen y consideración de la lógicajurídica que informa al marco legal en función del cual fue dictada la sentencia de condena, esto es, el procedimiento establecido en el art. 431 bis del código de forma (conf. ley n° 24.825).

En razón de las consideraciones formuladas por mí en forma permanente y reiterada como juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal nº 23 de esta ciudad, a partir del dictado del precedente "Osorio Sosa" (sentencia del 23 de diciembre de 1997; publicada en el suplemento de Jurisprudencia Penal de la revista jurídica La Ley, del 30 de abril de 1998), y como integrante de esta cámara, a partir del precedente "Barragán" —registro n° 157/2015— (ver voto del juez Magariños), a las que cabe remitirse en honor a la brevedad, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley 24.825 y del artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación, toda vez que lo allí establecido quebranta lo dispuesto en los artículos 1, 18 y 118 de la Constitución Nacional.

Por consiguiente, corresponde declarar la nulidad de todos los actos procesales celebrados como consecuencia de la norma legal declarada ilegítima, en particular, la propuesta de acuerdo de juicio abreviado y la sentencia de condena dictada en el caso (artículos 167, 168, segundo párrafo, 172 y cctes. del Código Procesal Penal de la Nación) y hacer saber al tribunal de origen lo resuelto a fin de que remita a sorteo las actuaciones y, una vez radicado el proceso ante otro tribunal, se cite a las partes a juicio en los términos del artículo 354 del Código Procesal Penal de la Nación.

Lo resuelto torna inoficioso el análisis de los agravios introducidos por el recurrente.

El doctor *Huarte Petite* dijo:

I. Motiva la intervención de esta Sala el recurso de casación interpuesto por la defensa de Lucas Ezequiel Guzmán contra la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 10

en integración unipersonal, por los agravios reseñados en el acápite II del voto del Sr. Juez Jantus.

II. Como juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 1, en el caso "Rodríguez, Gonzalo y otros s/ Encubrimiento y otros" (causa nº 39656/16, registro interno nº 5506, rta. 22.5.17), entre otros, sostuve, junto a mis distinguidos colegas, los Dres. Martín Vázquez Acuña y Luis Salas, que era jurisprudencia casi pacífica que por "ánimo de lucro" debía entenderse toda finalidad tendente a lograr una ventaja patrimonial apreciable económicamente, que no necesariamente debe traducirse en dinero, sino que puede tener referencia al valor de la cosa o a su simple uso conforme la finalidad para la que hubiese sido fabricada, en tanto ello reporte un beneficio o provecho al autor –términos éstos últimos que coincidían con la acepción castellana del vocablo "lucro" (por todos, Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, 2112010, "Auffray, Roger", causa nro. 12.993, y sus numerosas citas de fallos similares, y del mismo Tribunal, Sala III, 21009, "Pescio Leonel", causa nro. 10.706, también con numerosas citas de otros fallos de contenido sustancialmente análogo).

Sin perjuicio de todo ello, una nueva reflexión sobre la cuestión introducida en el recurso aquí tratado, a la luz de la deliberación cumplida y de los argumentos brindados por el Sr. Juez Jantus en apoyo de su voto, me lleva a coincidir con el criterio por él sostenido.

Por lo cual, haciendo propio en beneficio a la brevedad el contenido sustancial del voto del Magistrado de mención, emito el mío en igual sentido.

Por su parte, cabe recordar que tal como lo sostuve, entre otros, en los precedentes "Soto y Gauna" (Reg. nº 1002/17, Sala III, del 13.10.17, voto del juez Huarte Petite), "Parra y Morel" (Reg. n° 1025/17, Sala III, del 19.10.17, voto del juez Huarte Petite), "Juárez" (Reg. n° 1606/18, Sala III, del 6.12.18, voto del juez Huarte Petite, "Bambil Garcia" (Reg. n° 462/18, Sala III, del 24.4.19, voto del juez Huarte Petite)) y más recientemente en "Benvenuto" (Reg. nº 708/21, Sala III, del 20.5.21, voto del juez Huarte Petite) cuyos fundamentos cabe tener aquí por reproducidos y resultan mutatis mutandi de aplicación al caso, los agravios sobre cuestiones presentados de forma novedosa recién en el término de oficina o bien en el escrito de "breves notas", resultan inadmisibles; ello así, pues un análisis pormenorizado de los artículos 445, 463 y 466, CPPN, permite extraer una regla general en materia recursiva sobre la improcedencia de gravámenes articulados extemporáneamente.

Por cierto que la Corte Suprema Federal, en el caso "Martínez Caballero" (Fallos: 332:2705), por estricta mayoría y con nuda referencia al ya mencionado precedente "Casal" (Fallos: 328:3399), resolvió que correspondía a una Sala de la por entonces Cámara Nacional de Casación Penal el tratamiento de agravios introducidos recién en el término de oficina.

No obstante ello, siguiendo los lineamientos fijados en el voto en disidencia de la Sra. Jueza Argibay en "Martínez Caballero", al igual que la postura asumida por dicha Magistrada en "Casal", es claro que en este último se propició una interpretación del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación compatible con el derecho constitucional a recurrir un fallo condenatorio ante un tribunal superior (artículos 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En tal inteligencia, en "Casal" se afirmó que, para garantizar una revisión del fallo acorde con la Constitución Nacional, el tribunal de alzada debía dar tratamiento a todas las cuestiones planteadas por la defensa, pero se aclaró que ello no tenía una extensión tal que obligue al tribunal revisor a tratar asuntos no planteados. Ello es así porque, al tratarse de un derecho que su titular ejerce en la medida que la sentencia le causa agravio, resulta incorrecto intentar derivar de la garantía en cuestión una exigencia normativa que obligue a controlar aquellos extremos del fallo que el recurrente no ha sometido a revisión del tribunal examinador (Considerando 12 del voto de la Sra. Jueza Argibay).

En consecuencia, este último tribunal no se encuentra obligado, de conformidad con la doctrina de "Casal", al tratamiento de eventuales agravios no introducidos por las partes en forma temporánea.

Pues es la misma jurisprudencia de la Corte Suprema Federal que, al limitar el alcance de los términos contenidos en sus decisiones y valorar como acto de suma gravedad la declaración de inconstitucionalidad de una norma, impide hacer aplicación extensiva de un precedente a supuestos cuyas diferencias resultan sustanciales del que motivó la decisión, máxime cuando ello causaría un efecto semejante a la declaración de inconstitucionalidad de normas procesales vigentes (tales, los artículos 445, primer párrafo, y 463, in fine, CPPN), que no fueron siquiera objeto de examen en cuanto a ese aspecto (Fallos: 33:162, "Municipalidad de la Capital Federal c/Isabel A. Elortondo", y la gran cantidad de otros decisorios de la propia Corte que lo citan).

De tal suerte, toda vez que en el sub lite la parte recurrente no introdujo de modo temporáneo algún agravio sobre el aspecto subjetivo del delito que se le atribuyó, al igual que el juez Jantus considero que esta Cámara se encuentra impedida de expedirse al

respecto, pues no se ha habilitado oportunamente su jurisdicción en ese sentido.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal *Resuelve:*

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, CASAR PARCIAMENTE la sentencia recurrida, EXCLUIR de su aplicación al caso la calificante contenida en el art. 277 inciso 3 letra b CP y REENVIAR el caso para que otro magistrado integrante del Tribunal de juicio determine el monto de pena a imponer; sin costas (arts. 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Se hace constar que el juez Alberto Huarte Petite participó de la deliberación por medios electrónicos y emitió su voto en el sentido indicado, pero no suscribe la presente (Acordadas 3/2020, 4/2020, 7/2020 y 11/2020 de esta Cámara; cfr. Acordadas 12/2020, 14/2020 y 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y art. 399 in fine del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente de lo aquí decidido, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX 100), y remítase el expediente de acuerdo a las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Acordada 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Sirva la presente de atenta nota. — *Héctor M. Magariños. — Alberto J. Huarte Petite. — Pablo Jantus.*

Encubrimiento agravado por el ánimo de lucro

Augusto Ponce (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Hechos del caso.— III. Resolución del Juzgado de primera instancia.— IV. Argumentos de la defensa.— V. Decisión adoptada por la mayoría en el Tribunal de Alzada.— VI. Postura de la disidencia.— VII. Reflexión final.

I. Introducción

Desde un comienzo, resulta necesario señalar que la cuestión principal en el antecedente jurisprudencial analizado **(1)** versa en determinar si la mera utilización de un vehículo automotor de origen espurio, es decir, la adquisición y posterior utilización de un vehículo que resultó ser producto de un hecho ilícito alcanza para tener por configurada la agravante prevista en el inc. 3, letra b del art. 277 del Cód. Penal, esto es, el ánimo de lucro o si, por el contrario, se necesita de la intensión del sujeto de querer obtener un rédito económico además del propio uso de la cosa.

El respectivo análisis lo efectuaremos a la luz de la jurisprudencia sentada al respecto y teniendo en cuenta la modificación introducida al Cód. Penal por la ley 25.246, a través de la cual el ánimo de lucro pasó a convertirse en una circunstancia que agrava la figura básica.

Al finalizar y luego de analizar la postura de la doctrina dominante, intentaremos arribar a una

(*) Abogado (Universidad de Buenos Aires). Secretario de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del departamento judicial de Quilmes. Docente universitario. Especialista en Derecho Penal (UBA). Magíster en Derechos Fundamentales en perspectiva nacional, supranacional y global (Universidad de Granada, España). Diplomado en Igualdad y No Discriminación (UBA). Egresado de la Academia en Destrezas en Litigación (California Western School of Law). Egresado de la Escuela Judicial. Autor de diversos arts. sobre derecho penal y derecho procesal penal.

(1) CNCas. Criminal y Correccional, Sala 3, CCC 38439/2018/TO1/CNC1 - Reg. N° 1775/2021.

conclusión que nos permita brindar una solución para la cuestión bajo análisis.

II. Hechos del caso

De acuerdo con el texto de la sentencia analizada, el expediente tiene conformado su objeto procesal en derredor de la imputación formulada contra un sujeto de sexo masculino (posteriormente individualizado y detenido), en orden a la comisión de un hecho ilícito, a saber: haber recibido un vehículo con conocimiento de su procedencia ilícita y haber actuado con ánimo de lucro.

Asimismo del antecedente jurisprudencial examinado se desprende que la jueza de primera instancia tuvo por acreditado que el pasado 27 de junio de 2018, el aquí imputado conducía un vehículo automotor (Camioneta SUV "Duster") por la ciudad autónoma de Buenos Aires, momento en el cual personal policial, que se desplazaba a bordo de un automóvil no identificable como policía, advirtió movimientos bruscos del vehículo en cuestión y temiendo la posible comisión de un hecho ilícito intentaron detener su marcha.

Lejos de acatar la orden de alto, el sospechoso se da a la fuga por lo cual comienza una persecución policial por varias cuadras de la ciudad de Buenos Aires, hasta que el inculpado pierde el control de su vehículo, colisiona y es aprehendido por personal policial.

Luego de ello, los efectivos policiales lograron acreditar que el vehículo no pertenecía al sospechoso y que había sido robado días previos en el partido y localidad de La Matanza, pesando sobre el mismo un pedido de secuestro.

Finalmente, el Agente Fiscal interviniente en el caso calificó el hecho como constitutivo del delito de encubrimiento, agravado por el ánimo de lucro, en los términos del art. 277 inc. 1° letra c, e inc. 3 letra b, del Cód. Penal.

III. Resolución del Juzgado de primera instancia

Desde un inicio cabe señalar que las partes (Fiscal - Defensa - Imputado) alcanzaron un acuerdo de juicio abreviado en los términos del art. 431 *bis* del Cód. Proc. Penal.

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el art. 431 *bis* punto 1°, párr. 2 Cód. Proc. Penal, la Fiscalía propuso la pena de un [1] año y dos [2] meses de prisión de efectivo cumplimiento por considerar al imputado autor del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro (art. 277 inc. 1° letra c, e inc. 3 letra b, del Cód. Penal).

Frente a ello, el imputado asistido por su defensa, prestó conformidad acerca de la materialidad del hecho y de la responsabilidad penal que le cupo en el mismo, tal como fuera descripto en el requerimiento de elevación a juicio, concordando asimismo con la calificación legal en que debía encuadrarse la conducta que se le atribuía.

Por su parte, la Magistrada interviniente, al momento de resolver señaló que, a su entender, existía prueba suficiente para considerar que el imputado había recibido el vehículo sabiendo o debiendo sospechar su origen espurio, toda vez que, previo a ser detenido, habría intentado darse a la fuga, lo que denotaba sin margen de duda que tenía conocimiento del origen ilícito del rodado que conducía.

A su vez, explicó que el simple hecho que el encartado se encontrara en poder de un bien registrable sin ninguna documentación que autorice su tenencia y uso, resultaba ser una pauta objetiva que demostraba por sí sola la receptación dudosa e irregular del vehículo.

Respecto a la agravante en cuestión, refirió que la misma se trasluce en la obtención de cualquier beneficio material apreciable, siendo indiferente que consista en la adquisición de la propiedad o la simple posesión del bien si redunda en un beneficio económico que deriva de su uso.

Por último, adujo que, habiéndose probado el uso del rodado por parte del justiciable, el fin de lucro resultaba a todas luces manifiesto, toda vez que el mismo consiste en la simple obtención de una ventaja derivada del empleo de la cosa.

IV. Argumentos de la defensa

La defensa cuestionó lo decidido por la magistrada, por entender, en líneas generales que se había aplicado de manera errónea la ley sus-

tantiva, en tanto, la jueza no había brindado una fundamentación suficiente respecto a la aplicación de la agravante receptada en el art. 277 inc. 3°, letra b, del Cód. Penal.

El recurrente sostuvo que de las constancias de la causa no podía tenerse por probado de manera fehaciente la existencia del elemento subjetivo del tipo penal de encubrimiento agravado por ánimo de lucro.

En ese sentido, explicó que, para tener por acreditada dicha agravante se requiere que el sujeto que recibe la cosa obtenga un provecho económico o ganancia patrimonial, citando en esa línea a diversos autores como Donna, Núñez y Fontán Balestra.

Para finalizar agregó que el simple uso de la cosa no arroja una ganancia patrimonial ni tampoco constituye prueba suficiente para tener por acreditado ese extremo, toda vez que muy distinto habría sido que su defendido hubiera transportado pasajeros o alquilado el vehículo a terceros.

V. Decisión adoptada por la mayoría en el Tribunal de Alzada

Radicada que fuera la causa ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, los jueces de Alzada manifestaron que, la decisión del *a quo* merecía ser revocada, toda vez que en la sentencia no se había otorgado un tratamiento correcto al art. 277, inc. 3°, letra b, del Cód. Penal.

Al respecto, sostuvieron que mientras en su anterior redacción la figura penal del encubrimiento exigía esa nota subjetiva (ánimo de lucro) para la configuración del tipo legal básico, ahora, luego de la sanción de la ley 25.246 dicha circunstancia resulta ser una agravante no requerida por la figura del encubrimiento por receptación.

Es decir, luego de la reforma, se impone una interpretación restrictiva de dicha agravante, lo cual significa que el encargado de la acción pública, es decir, el acusador debe demostrar fehacientemente cuál fue el beneficio económico que logró el autor del hecho con la receptación de la cosa, lo que equivale a sostener que el mero uso de la cosa no alcanza para tener por configurado el ánimo de lucro porque, de ese modo, todos los encubrimientos por receptación serían agravados por el ánimo de lucro, lo que implicaría suprimir de hecho la figura del encubrimiento simple **(2)**.

El Tribunal *ad quem* sostuvo que no existían razones para concluir que el accionar del imputado haya sido demostrativo de una intención destinada a la obtención de una ganancia o provecho material distinta a la del simple uso del bien para cual el mismo fue destinado.

En definitiva, los jueces revisores hicieron suyos los argumentos del recurrente, en cuanto a que, la referencia en el fallo de primera instancia relativa a que "probado el uso del rodado por parte del justiciable, el fin de lucro resulta manifiesto, ya que consiste en la obtención de una ventaja derivada del empleo de la cosa" no solo resultaba insuficiente, sino que tampoco se identificaba la concurrencia de esa motivación especial, sino tan solo su empleo o mera tenencia en las circunstancias descriptas.

En consecuencia, resolvieron revocar la sentencia de primera instancia y ordenar que otro magistrado se aboque al estudio de la cuestión para el dictado de nueva pena sin tenerse en cuenta la calificante contenida en el art. 277, inc. 3°, letra b del Cód. Penal (arts. 470, 530 y 531 del Cód. Proc. Penal).

VI. Postura de la disidencia

El juez que conformó la minoría del Acuerdo señaló que resultaba primordial, antes de todo, analizar el marco legal en el cual habría sido dictada la sentencia cuestionada, esto es, el procedimiento establecido en el art. 431 *bis* del código de forma (conf. ley 24.825).

---

(2) En el mismo sentido se expidió la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que sostuvo "en el beneficio que castiga la agravante debe verificarse un 'plus' en el destino natural de la cosa en favor del autor y no el rédito propio que proporciona el objeto por sí sólo y según sus condiciones intrínsecas (...) No surge del sumario pauta objetiva alguna que permita presumir fundadamente que el acusado tenía por finalidad vender el bien, lo que descarta la calificante pregonada" (Causa 28.914 "Pistone, Leonardo Fabián s/ encubrimiento", resuelta el 20 de abril de 2006).

En ese sentido, sostuvo que, conforme su criterio en anteriores decisiones judiciales **(3)** correspondía declarar la inconstitucionalidad de la ley 24.825 y del art. 431 *bis* del Cód. Proc. Penal, toda vez que lo allí establecido quebrantaba lo dispuesto en los arts. 1, 18 y 118 de la CN.

Por consiguiente, el juez disidente dispuso declarar la nulidad de la propuesta de acuerdo de juicio abreviado celebrado entre las partes y, en consecuencia, anular la sentencia de condena dictada en el caso (arts. 167, 168, segundo párr., 172 y cctes. del Cód. Proc. Penal) y ordenar que otro Tribunal hábil cite a las partes a juicio en los términos del art. 354 del Cód. Proc. Penal.

VII. Reflexión final

Hemos decidido reservar este último apartado para realizar una apreciación final en derredor del tema que nos ocupa.

En este sentido, no puedo dejar de señalar que la cuestión a dirimir redunda en establecer si el tipo penal escogido por la magistrada de primera instancia (CP, 277 inc. 1°, letra "c", en función del inc. 3°, letra "b") resultó adecuado al cuadro de situación analizado, o en cambio el hecho debió haberse encuadrado dentro de los márgenes de la figura básica, esto es, encubrimiento simple.

Adelantamos nuestra opinión en cuanto que debió prevalecer esta última opción, es decir, desde nuestra óptica el mero uso de la cosa mal habida solo alcanza para tener por configurado el encubrimiento en su faceta básica, pero nunca (al menos a partir de la reforma introducida por la ley 25.246) un encubrimiento agravado por el ánimo de lucro.

En este punto, es preciso remarcar que en la anterior redacción del art. 277 inc. 3° del Cód. Penal la agravante en cuestión conformaba un elemento normativo del tipo penal básico, es decir, resultaba ser una condición necesaria sin la cual no se encontraba configurado el tipo legal.

En cambio, a partir de la reforma el ánimo de lucro se convirtió en una circunstancia agravante no requerida por la figura del encubrimiento por receptación y por ello resultaría innecesario e ilógico que el legislador previera ahora agravar la figura básica con una mayor sanción en los supuestos en que el encubridor procure, además, un beneficio pecuniario o ventaja patrimonial.

Además, resulta pertinente aclarar que antes de la reforma, jurisprudencialmente se había elaborado una interpretación amplia de esa forma especial de ánimo, que comprendía cualquier beneficio patrimonial, inclusive el mero uso de la cosa de origen ilícito.

Luego de la reforma, se puso en cabeza del agente fiscal la obligación de demostrar cual resulta ser el beneficio económico que el imputado logró percibir por la receptación de la cosa, es decir, el acusador público debe explicar de dónde surge el ánimo de lucro, debiendo probar, por ejemplo, que el sujeto estaba dando en alquiler la cosa o estaba utilizando el automóvil para transportar pasajeros, lo cual, obviamente supone que ese ánimo especial no puede estar sostenido por el simple uso de la cosa para su fin natural **(4)**.

(3) "Osorio Sosa" (sentencia del 23 de diciembre de 1997; publicada en el suplemento de Jurisprudencia Penal de la revista jurídica La Ley, del 30 de abril de 1998) y "Barragán" —registro N° 157/2015— (ver voto del juez Magariños).

(4) En la anterior redacción del tipo penal de encubrimiento, la figura de receptación se encontraba regulada en los arts. 277, inc. 3° y 278 del Cód. Penal mientras que en la actualidad —es decir, con la inclusión del inc. b) apartado tercero, del art. 277 del Cód. Penal— lo que antes era un elemento subjetivo del tipo básico —ánimo de lucro—, pasó a convertirse en una agravante genérica, con el aumento de pena respectivo; tal modificación es demostrativa de la intención del legislador de continuar sancionando al receptor de la cosa aun sin que medie ese plus motivador de su accionar y, paralelamente, de duplicar la respuesta punitiva cuando el ánimo de lucro pueda evidenciarse a partir de su comportamiento. Considerar que la sola receptación de la cosa proveniente de un hecho ilícito no trae aparejado en su motivación el uso mismo de aquélla, como consecuencia natural, no se condice con la redacción del texto legal vigente; ello no prueba, por sí mismo, la presencia del ánimo de lucro que la agravante requiere; esa especial motivación, independiente del dolo acogido en la figura base, debe encontrarse acreditada en la intención del agente por obtener un beneficio económico (voto juez Niño al que adhirieron los jueces Sarrabayrouse y Morin, en causa N° 55649/2013/TO1/CNC1, caratulado "Martínez, Paulo Fernando s/ recurso de casación", Reg. N° 428/2017.

Interpretar lo contrario implicaría vaciar de contenido a la figura básica del encubrimiento, la cual se tornaría casi inaplicable e importaría, además, una indebida extensión del tipo penal violatoria del principio de legalidad (Const., 1994, art. 18).

Es más, con la posición contraria se lograría que todos los encubrimientos por receptación se vieran agravados por el ánimo de lucro lo que implicaría irrazonablemente suprimir de hecho la figura del encubrimiento simple.

Desde nuestro punto de vista, la tenencia de un vehículo proveniente de un ilícito no revela de por sí el ánimo de obtener una ventaja patrimonial, ello pues, si la mera recepción y tenencia para uso personal fuera considerada en sí misma como reveladora de un ánimo de lucro, habría que concluir que la introducción del inc. 3, apart. "b" del art. 277 del Cód. Penal no habría estado motivada por el propósito de agravar la figura básica contenida en el inc. 1, sino guiada por la intención de derogarla **(5)**.

En razón de lo expuesto, consideramos oportuno que se realice una nueva revisión de la postura doctrinaria que entiende que el simple uso de la cosa supone de por sí una voluntad de lucrar, en tanto, existe actualmente la posibilidad de penar solo la receptación de una cosa mal habida sin necesidad de exigir una ultra intensión por parte del autor de querer obtener un rédito económico o patrimonial respecto de la cosa, máxime, cuando a partir de la modificación efectuada a la ley sustantiva la agravante en cuestión pasó a contener esa "ultra intención" como elemento subjetivo del tipo distinto del dolo.

(5) En esta misma línea se ha expedido la Sala Segunda de la Cámara Nacional de Casación Penal (...) la agravante "ánimo de lucro" constituye un elemento subjetivo del tipo calificado (art. 277 inc. 3° "b", C.P.) y supone una finalidad dirigida a lograr una ventaja patrimonial apreciable económicamente que no necesariamente debe traducirse en dinero, en tanto ello reporte un beneficio al autor. La mera tenencia de un bien de origen ilícito (ya sea por cualquiera de las formas comisivas), es insuficiente para sostener automáticamente que su receptación tuvo como fin obtener una remuneración (CNCC, Sala 2, causa N° 55649/2013/TO1/CNC1, caratulado "Martínez, Paulo Fernando s/ recurso de casación", Reg. N° 428/2017).

Precisiones acerca de las agravantes en el delito de encubrimiento

Marlon César Martínez (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Bienes jurídicos.— III. Introducción.— IV. Hechos.— V. Nuestra opinión.— VI. Conclusiones.

"(...) Su pretensión es robar,
No quedar en el pantano -
Viene a tierra de cristianos
Como furia del infierno;
No se llevan al gobierno
Porque no lo hallan a mano.
Se reparten el botín
Con igualad, sin malicia;
No muestra el indio codicia,
Ninguna falta comete -
Solo en este se somete
A una regla de justicia" (**)

I. Resumen

Resulta de interés el análisis del presente fallo de la excelentísima Cámara Nacional de Casación Penal, en relación a los hechos, al derecho, las eventuales garantías vinculadas y desde luego la solución dada por los magistrados en el referido precedente.

Toma relevancia el tipo penal de encubrimiento con su respectivo agravante, tipificación que ha sido ampliamente discutida y analizada por la doctrina y jurisprudencia, nuestra propuesta es sumar algunas ideas que le permitan al lector obtener una nueva mirada jurídica al respecto.

II. Bienes jurídicos

Delitos contra la propiedad / Delitos contra la administración pública.

III. Introducción

Resulta interesante lo resuelto en la sentencia de la excelentísima Cámara de Casación en relación a los hechos materia del recurso impetrado.

(*) Administrador Documental y Tecnólogo en Micrografía - Tecnológico de Antioquia Medellín Colombia. / Abogado con Orientación y Especialización en Derecho Penal - Master en Derecho Penal - Doctorando en Derecho Penal, Títulos de la Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires —UBA—. Diplomado en Derecho Procesal Constitucional y Administrativo / Post-Posgrado en Derecho Federal y Administrativo - Procuración General de CABA / Universidad del Museo Social Argentino UMSA. Profesor de Grado de Elementos de Análisis Económico y Financiero del Ciclo Profesional Común / Derecho y Economía del Ciclo Profesional Orientado y Profesor del Práctico Profesional en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - UBA.

(**) Hernández, José. El Gaucho Martín Fierro y La Vuelta de Martín Fierro. Canto 5 - "Regreso de las invasiones distribución de botín y fiestas". Editorial EL ATENEO; Buenos Aires. 1950, página 176.

El núcleo principal de análisis reside en el agravio sostenido por la defensa en relación al agravante previsto por el *a quo* en su sentencia de cuya decisión condeno a (*A. J. B.*) como resultado de la pena acordada por las partes en la elección del instituto del *Juicio Abreviado* dispuesto en la norma procesal penal.

El punto crucial o "thema decidendum" que tuvo de tarea la Sala III, era la verificación fáctica en la aplicación del referido agravante en la sentencia con los argumentos propios como elementos naturales de su resolución, es decir, si corresponde o no la adición de un agravante genérico al tipo penal de encubrimiento.

IV. Hechos

Del fallo de Casación surgen como hechos materia de análisis general en el proceso llevado a cabo y donde se condenara a (*A. J. B.)* a las siguientes circunstancias de modo, tiempo y lugar.

En primer lugar, el día 15/junio/2018 el damnificado (*L. V. M. B.*), fue víctima de robo agravado por el uso de arma de su automotor, siendo un vehículo de marca Renault, modelo "Duster"; frente a los acontecimientos la víctima del ilícito decide radicar la correspondiente denuncia ante la Comisaría Noreste 6ª, de la localidad de La Matanza, Provincia de Buenos Aires.

En segundo lugar y días después, concretamente el 27/junio/2018 en horas del mediodía, (*A. J. B.*) se encontraba conduciendo el rodado mencionado por la intersección de las calles Barros Pazos y Martínez Castro de Villa Fátima de la C.A.B.A.

En tercer lugar, y en dicho contexto personal policial de la División Brigada de Prevención de Investigación de la Comuna [4] cuatro se desplazaba a bordo de un automóvil no identificable como policial y observan que aquel vehículo Renault modelo "Duster" que circulaba en sentido contrario al del personal policial de manera brusca casi lo colisiona, al tiempo que a la par de dicho automotor un motociclista intercambiaba palabras.

En dicho escenario, los policías sospecharon que se estaba produciendo un hecho ilícito, razón por lo cual, encendieron las balizas y la sirena para que el vehículo (Renault Duster) detenga su marcha; sin embargo, (*A. J. B.*) hizo caso omiso.

Así las cosas, se inicia una persecución policial por las calles Lacarra, Fernández de la Cruz y Martínez Castro, lugar en el cual finalmente (*A. J. B.*) perdió el control del vehículo (Renault Duster), se subió a la vereda y terminó colisionando contra el automóvil policial.

Entonces (*A. J. B.*) continuó la huida por la calle 27 de mayo, a bordo del (Renault Duster), hasta que a los pocos metros descendió del mismo y continuó la fuga a pie.

Por último, el *Oficial 1ro Jonathan Rojas* le dio alcance a (*A. J. B.*) en la intersección de Laguna y 27 de mayo, procediendo así a su detención y al secuestro del (Renault Duster) y de toda la documentación allí encontrada la cual era perteneciente a su titular (*L. V. M. B.*).

Cabe destacar que sobre el automotor (Renault Duster) no pesaba al momento pedido de secuestro —más allá de la denuncia por robo—, pero mediante contacto telefónico con el damnificado (*L. V. M. B.*) los señores de la prevención determinaron que el automóvil era de su propiedad, que el mismo había sido sustraído a razón de ser víctima de robo a mano armada el 15/06/2018.

IV.1. Tribunal

El tribunal sorteado que entendería el juzgamiento de los hechos, y que condenara a (*A. J. B.*) fue el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 10, quien estuvo integrado de manera unipersonal por la magistrada *Dra. Silvia Estela Mora*.

IV.2. El acuerdo

Las partes llegaron a la consideración de aplicar una de las formas de soluciones prácticas que procesalmente nos permite el ordenamiento penal disponibles al principio de oportunidad **(1)**; bajo dichas circunstancias se optó en la

(1) Refiere la destacada doctrina que "El principio de oportunidad, según el cual, cuando se toma conocimiento de hechos punibles, puede no iniciarse o suspenderse la persecución penal, por razones de conveniencia, de

conformidad de aplicar el instituto "Juicio Abreviado" **(2)** que tiene sus orígenes en el llamado *Plea Bergaining* del sistema penal norteamericano **(3)**.

De los extractos de la resolución de casación, el representante del Ministerio Publico Fiscal propuso la pena para (*A. J. B.*) de catorce [14] meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas, por considerarlo autor del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro.

Tanto (*A. J. B.*) como su defensa técnica prestaron la conformidad acerca de la materialidad del hecho y de la responsabilidad penal que le cupo, tal como fue descripto en el requerimiento de elevación a juicio, concordando asimismo con la calificación legal en que debía encuadrarse la conducta.

La señora magistrada resolvió según lo acordado por las partes y "(...) condenó a (*A. J. B.*), a la pena de un año y dos meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas, como autor del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro (arts. 277 inc. 1 letra c e inc. 3 letra b CP) (...)" **(4)**.

---

utilidad o de un manejo más eficiente en la asignación de recursos". Cafferata Nores, José I. "El Principio de oportunidad en el derecho argentino". Cuestiones actuales sobre el proceso penal. 2ª Edición, Ediciones Del Puerto. Buenos Aires, 1998, p. 32.

(2) Ley 24.825 BO 18/06/1997. Art. 431 bis: "1. Si el ministerio fiscal, en la oportunidad prevista en el art. 346, estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis años, o de una no privativa de libertad aún procedente en forma conjunta con aquélla, podrá solicitar, al formular el requerimiento de elevación a juicio, que se proceda según este capítulo. En tal caso, deberá concretar expreso pedido de pena. En las causas de competencia criminal (art. 32), el acuerdo a que se refieren los incs. 1 y 2 del art. 431 bis, podrá también celebrarse durante los actos preliminares del juicio, hasta el dictado del decreto de designación de audiencia para el debate (art. 359). 2. Para que la solicitud sea admisible deberá estar acompañada de la conformidad del imputado, asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho y la participación de aquel, descriptas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación legal recaída. A los fines de este art. y en cualquier etapa del proceso, pero desde la aceptación del cargo del defensor designado, el fiscal podrá recibir en audiencia al imputado y a su defensor, de lo que se dejará simple constancia. 3. El juez elevará la solicitud y la conformidad prestada, sin otra diligencia, tribunal de juicio el que, tomará conocimiento de visu del imputado, y lo escuchará si éste quiere hacer alguna manifestación. Si el tribunal no rechaza la solicitud argumentando la necesidad de un mejor conocimiento de los hechos o su discrepancia fundada con la calificación legal admitida, llamará a autos para sentencia, que deberá dictarse en un plazo máximo de 10 días. Si hubiera querellante, previo a adopción de cualquiera de estas decisiones, le recabará su opinión, la que no será vinculante. 4. Si el tribunal de juicio rechaza el acuerdo de juicio abreviado, se procederá según las reglas del procedimiento común con arreglo a los arts. 354 ó 405, según corresponda, remitiéndose la causa al que le siga en turno. En tal caso, la conformidad prestada por el imputado y su defensor no será tomada como un indicio en su contra, ni el pedido de pena formulado vincula al fiscal que actúe en el debate. 5. La sentencia deberá fundarse en las pruebas recibidas durante la instrucción, y en su caso en la admisión a que se refiere el punto 2, y no podrá imponer una pena superior o más grave que la pedida por el ministerio fiscal. Regirá el art. 399. 6. Contra la sentencia será admisible el recurso de casación según las disposiciones comunes. 7. La acción civil no será resuelta en este procedimiento por juicio abreviado, salvo que exista un acuerdo entre las partes en tal sentido, aunque se podrá deducir en sede civil. Sin embargo, quienes fueron admitidos como partes civiles podrán interponer el recurso de casación en la medida que la sentencia pueda influir sobre el resultado de una reclamación civil posterior. 8. No regirá lo dispuesto en este art. en los supuestos de conexión de causa, si el imputado no admitiere el requerimiento fiscal respecto de todos los delitos allí atribuidos, salvo que se haya dispuesto la separación de oficio (art. 43). Cuando hubiera varios imputados en la causa, el juicio abreviado sólo podrá aplicarse si todos ellos prestan su conformidad". GRÜNWALDT, Edgardo, "Código Penal y Procesal de la Nación, concordados; Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires; Constitución de la Nación Argentina; Leyes e Instrumentos Internacionales complementarios; Código Contravencional y Ley de Procedimientos Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires", Grün Editora, Buenos Aires, 2015, 23ª ed., p. 112.

(3) Consiste básicamente en "pedir, peticionar o negociar una rebaja", se da la posibilidad de llegar a un pacto sobre la declaración de culpabilidad en la cual puede resultar "una reducción de cargos; supresión de cargos tangenciales; negociación de la sentencia". CARP, Robert A. - STIDHAM, Ronald, "Judicial Process in America", 5ª ed., Copyright 2001, Congressional Quarterly, Incorporated. Semblanza del Sistema Jurídico de los Estados Unidos. Programa de Información Internacional. Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004, ps. 101 y 102.

(4) Denominación del Capítulo sustituida por art. 1° de la Ley 26.683 B.O. 21/06/2011. Encubrimiento - Art. 277: "1.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito. 3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando: b) El autor actuare

En la sentencia la *Dra. Silvia Estela Mora* a cargo del T. O.C. N° 10, fundo su resolución entendiendo que (*A. J. B.*), había "(...) recibido o adquirido el vehículo marca Renault Duster de titularidad de (*L. V. M. B.*), con conocimiento de su origen ilícito y con ánimo de lucro (...)".

IV.3. Sentencia - Sala III - Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional

La decisión del *a quo* generó y produjo agravios en la defensa de (*A. J. B.*), razón por la cual interpusiera el correspondiente recurso de casación que fue resuelto por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, quien estuvo integrada por los señores magistrados el *Dr. Mario Magariños*; *Dr. Alberto Huarte Petite*; *Dr. Pablo Jantus*; y como Secretario el *Dr. Martín Petrazzini*.

IV.4. Voto del Juez Dr. Pablo Jantus

Resulta ser el voto más interesante del precedente, pues del mismo hay un análisis profundo del agravio sostenido por la defensa de (*A. J. B.*) y que se materializara mediante la herramienta procesal elegida por la vía de la casación.

En el punto II a. del voto del magistrado ahí centra su análisis en varias líneas, la primera versa sobre el aspecto probatorio que se produjo en el proceso; continua su estudio en los aspectos que la dogmática ha analizado por medio de la destacada doctrina penal en relación al aspecto crucial en el presente que es el agravante vinculado al ánimo de lucro en el delito de encubrimiento.

También hace referencia a la constitucionalidad de la norma por entender la defensa de (*A. J. B.*) afectación al principio de acto y lesividad (art. 19 CN), además de la funcionalidad de la ley 25.246 modificatoria de la norma penal.

En el punto III a. de su voto, explica los alcances de la modificación de la norma sustentada en diversa jurisprudencia sobre el ánimo de lucro y la clara ausencia del mismo en autos. El punto IV, aparece su decisión en donde excluye la aplicación de la agravante contenida en el art. 277 inc. 3, letra b del Cód. Penal, agregando además en la decisión reenviar la causa para una nueva discusión.

IV.5. Voto del Juez Dr. Mario Magariños

El magistrado en primer lugar no considera pertinente el análisis de todos los agravios introducidos por la de (*A. J. B.*), pues entiende que el instituto dispuesto en el art. 431 *bis* del Cód. Proc. Penal quebranta básicamente el diseño institucional adoptado por nuestro país, garantías fundamentales y las atribuciones del poder judicial (arts. 1, 18 y 118 CN), sumando en la decisión toda la nulidad de todos los actos procesales llevados a cabo.

Finalmente ordena al *a quo* sortear las actuaciones y se citen a todas las partes a un nuevo juicio.

IV.6. Voto del Juez Dr. Alberto Huarte Petite

Podemos sintetizar el voto del magistrado indicando que el mismo hace suyos todo lo sustancial mencionado en el voto de su colega el Dr. Jantus.

IV.7. Resolución de la Sala III - Cámara Nacional de Casación

- Hizo lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa de (*A. J. B.*).

- Casa parcialmente la sentencia recurrida.

- Excluye de la misma la calificación contenida en el art. 277 inc. 3°, letra b del Cód. Penal.

- Reenviar el caso para que otro juez integrante del tribunal de juicio determine el monto de pena a imponer a (*A. J. B.*).

V. Nuestra opinión

Tal como hemos mencionado al inicio del presente trabajo, el tipo penal de encubrimiento con su respectivo agravante ha sido ampliamente analizada por reconocida doctrina y jurisprudencia; nuestra propuesta es sumar algunas ideas que le permitan al lector obtener una nueva mirada jurídica al respecto.

con ánimo de lucro". ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., "Código Penal y legislación complementaria, anotados con jurisprudencia", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, 7ª ed., p. 812.

Cabe hacer mención que de nuestra parte no nos vamos a ocupar y analizar profundamente de algunos aspectos de orden procesal en relación a los alcances del instituto del *juicio abreviado*, como tampoco de la procedencia de *nuevos agravios* en el correspondiente memorial en *términos de oficina* como se plasma en la resolución de la Sala III.

Nuestra propuesta y mirada se centra exclusivamente en los hechos del caso y el principal agravio introducido en el recurso de casación por la defensa de (*A. J. B.*) vinculada al agravante contenido en la sentencia del *a quo*.

V.1. Antecedentes normativos

Quisiéramos hacer un breve repaso por los que fueran los antecedentes normativos de la figura típica del Encubrimiento, el primero del denominado *Proyecto Tejedor de 1867* - Libro Primero, "Disposiciones generales", Sección I, "De los crímenes, delitos, y personas responsables", Titulo VI, "De los auxiliares o fautores", arts. 61 a 67; (*art. 63*), "Se reputará que hace tal oficio, el que fuese convencido de haber dado ya igual auxilio por lucro, al menos a dos crímenes de la misma especie, cometidos en épocas diferentes". *Proyecto Segovia de 1895* - Libro Segundo, Parte Especial, "De los delitos y sus penas", Titulo X, "Delitos contra la autoridad y administración públicas", Capítulo XI, "Encubrimiento", arts. 356 a 358; (*art. 356*), "Será reprimido con multa de cincuenta a quinientos pesos hasta penitenciaria de tres meses a un año, el que sin concierto anterior al delito, cometiere después de su ejecución, alguno de los hechos siguientes: 3°) Adquirir, enajenar o utilizar de cualquier modo, esconder o guardar los efectos objeto del delito, para que aprovechen a los autores del delito o a los encubridores mismos". *Proyecto Soler de 1960* - Parte Especial, Título XV, "Delitos contra la administración de justicia", Capítulo III, "Encubrimiento", arts. 322 a 326; (*art. 323 - receptación*), "El que, con fin de lucro, adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o bienes que sabía provenientes de un delito en el que no participó, o interviniere en su adquisición, receptación u ocultación, será reprimido con prisión de un mes a tres años y con multa no menor de treinta días. Las penas se elevarán en un tercio, si el autor hiciere de ello un tráfico habitual". (*art. 324 - receptación de cosas de procedencia sospechosa*), "El que, con fin de lucro, adquiriere o recibiere cosas o bienes que de acuerdo con las circunstancias debía presumir provenientes de un delito, será reprimido con multa de diez a cien días. Si el autor hiciere de ello un tráfico habitual, se impondrá prisión de un mes a dos años y multa de treinta a ciento cincuenta días" **(5)**.

Años después vinieron varias de las consecutivas reformas a la norma penal de fondo **(6)** en relación a la figura del *Encubrimiento*.

La primera fue la sanción de Ley 23.468/1986, por medio del cual se introdujeron algunas modificaciones a los arts. 277 a 279 del Código Penal **(7)**.

Posteriormente se sanciono la ley 25.246/2000, dicha norma amplio la denominación y remplazo la rúbrica del Capítulo XIII, Título XI, por el "Capítulo XIII: Encubrimiento y Lavado de activos de origen delictivo", cambiando la redacción de los arts. 277 a 279 del Cód. Penal **(8)**.

---

(5) BAIGÚN, D. / ZAFFARONI, E. (dirs.), TERRAGNI, M. A. (coord.), DE LANGHE, M. (supervisión), "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Hammurabi, Buenos Aires, 2011, 1ª ed., Parte Especial (Arts. 275/299) t. 11, ps. 128, 129, 131 y 133.

(6) Código Penal. Ley 11.179 de 1921. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-11179-16546/texto

(7) El Art. 277 establecía: "Será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años, el que, sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, algunos de los hechos siguientes: 3) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que sabía provenientes de un delito, o interviniere en su adquisición recepción u ocultamiento, con fin de lucro...". Mientras que el Art. 278 fijaba que: "El que, con fin de lucro, adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos de acuerdo con las circunstancias debía sospechar provenientes de un delito...". Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verVinculos.do?modo=2&id=16546

(8) El Art. 277 decía: "1°) Será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiere participado: c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito. 2°) La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando: b) El autor actuare con ánimo de lucro". Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=62977

Luego se vino otra modificación por medio de la ley 25.815/2003, la que introdujo una nueva redacción para el art. 277 del Cód. Penal **(9)**.

Para el año 2006 hubo una presentación de un "Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Cód. Penal", sumado a otro posterior "Proyecto de ley 5642-D-2010" a los fines de hacer nuevas modificaciones a la norma en cuestión con una nueva y reformulada redacción al texto penal **(10)**.

Se presenta para al año siguiente una nueva modificación por medio de la sanción de la ley 26.683/2011, de la que surgen dos cambios relevantes; por un lado se le da independencia a la figura típica del "Encubrimiento" **(11)** que se mantiene dentro de los "Delitos contra la administración pública".

El otro cambio fue que se aparta y separa la figura del "Lavado de Activos" a un nuevo Título del Cód. Penal **(12)**, ubicándola dentro de los "Delitos contra el orden económico y financiero" **(13)**.

No debemos olvidar además el proyecto propuesto para modificar el Cód. Penal, que tenía presupuestado como presidente de la comisión al *Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni* y miembros de la misma al *Dr. León Carlos Arslanián, Dra. María Elena Barbagelata, Dr. Ricardo Gil Lavedra y al Dr. Federico Pinedo* **(14)**.

Sumado también a la modificación integral del Cód. Penal, estaba el proyecto que tenía a la cabeza de la comisión al Dr. Mariano Hernán Borinsky; en ese sentido fue que "(...) El Presidente de la Nación constituyó mediante el decreto 103/2017 la Comisión de Reforma del Cód. Penal, con el fin de alcanzar una adecuada sistematización y ordenamiento de toda la normativa penal y reunirla en un único cuerpo legal ágil, moderno, posible y sistemático. La Comisión puso especial cuidado en lograr la efectiva aplicación de la Ley Penal y en proporcionar herramientas eficaces para combatir todas las modalidades delictivas" **(15)**.

V.2. La decisión

Ya hemos tenido oportunidad en mencionar la importancia de todas las *garantías constitucionales* **(16)** que le asisten a todo justiciable; en ese sentido es importante reconocer que el diseño constitucional del proceso penal debe contener una serie de elementos indispensables que hacen a la *acusación, defensa, prueba, sentencia* y adicionalmente una *ejecución*, que de faltar alguno de ellos habrá cualquier cosa, pero menos un proceso penal habilitado constitucionalmente.

(9) El Art. 277 reza: "1°) Será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiere participado: c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito. 3°) La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando: b) El autor actuare con ánimo de lucro". Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=90635

(10) BAIGÚN, D. / ZAFFARONI, E. (dirs.), TERRAGNI, M. A. (coord.), DE LANGHE, M. (supervisión), ob. cit., ps. 137 y 138.

(11) Ley 26.683/2011. Art. 1°: "Sustitúyese la denominación del capítulo XIII, título XI del Código Penal, el que pasará a denominarse de la siguiente manera: ("Capítulo XIII. Encubrimiento")". Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/183497/norma.htm

(12) Ley 26.683/2011. Art. 4°: "Incorpórase el título XIII al Código Penal, el que pasará a denominarse ("Delitos contra el orden económico y financiero")". Recuperado de http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/183497/norma.htm

(13) GRÜNWALDT, Edgardo, "Código Penal y Procesal de la Nación, concordados; Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires; Constitución de la Nación Argentina; Leyes e Instrumentos Internacionales complementarios; Código Contravencional y Ley de Procedimientos Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires", Grün Editora, Buenos Aires, 2015, 23ª ed., p. 72.

(14) Poder Ejecutivo de la Nación - Decreto PEN 678/2012. "Créase la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Cód. Penal". Boletín Oficial de la República Argentina. Recuperado de https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/69068/20120508

(15) Comisión de Reforma del Cód. Penal Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/justicia/nuevocodigopenal/comisionreforma

(16) MARTÍNEZ, Marlon César, "Nuestras Garantías Constitucionales", RDP 04, mayo 2019, ps. 219 a 252.

Estos elementos han sido ya reconocidos y mantenidos por la doctrina de nuestro máximo tribunal **(17)** durante más de cien [100] años, nutriéndolos de su característica relevancia, es decir que desde antaño el esquema general que se ajusta a todo juicio penal se construye por supuesto con aquellos elementos.

La destacada doctrina penal **(18)** nos recuerda que las decisiones tomadas bajo la aplicación del instituto del *Juicio Abreviado*, son arribar a una sentencia con la *Prueba* reunida en la investigación o instrucción, sin que sea necesario reproducirla en un debate a criterio de las partes en el proceso; entendido ello, entonces que ocurrió en la sentencia que condenara (*A. J. B.*) bajo el acuerdo llevado por las partes a la señora magistrada *Dra. Silvia Estela Mora* jueza del T. O.C. N° 10 de esta ciudad.

La señora magistrada funda su decisión en lo que entendemos son los siguientes puntos determinantes:

a) Requerimiento fiscal: El señor representante de la acción pública, propuso como pena aplicar la de 14 meses de prisión de cumplimiento efectivo por considerar bajo acuerdo con la defensa de (*A. J. B.*), ser supuestamente el autor del delito de "Encubrimiento Agravado por el Ánimo de Lucro (Art. 277 inc. 1° letra c, inc. 3° letra b)".

Nos indica la resolución que la principal circunstancia fáctica del propio requerimiento del señor fiscal de elevación a juicio, donde su eje de acusación formal penal se cimienta en supuestamente (*A. J. B.*) "(...) haber *recibido o adquirido* el vehículo marca (Renault - Duster); con *conocimiento de su origen ilícito* y con *ánimo de lucro* (...)".

Por aquella supuesta razón —más allá de la reiteración— se considera entonces a (*A. J. B.*) como autor del delito de "Encubrimiento Agravado por el Ánimo de Lucro (art. 277 inc. 1° letra c, inc. 3° letra b)".

b) Prueba: Como indica la propia sentencia del Registro N° 1775/2021 de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación, en donde surge que: "(...) señalo la magistrada que ["existe prueba suficiente para considerar que aquel recepcionó el vehículo sabiendo o debiendo sospechar su origen espurio...; lo que denota sin margen de duda que tenía conocimiento del origen ilícito del rodado que conducía...; La agravante en el caso, se trasluce en la obtención de cualquier beneficio material, siendo indiferente que consista en la adquisición de la propiedad o la simple posesión del bien, si redunda en un beneficio económico que deriva de su uso...; probado el uso del rodado por parte del justiciable, el fin de lucro resulta manifiesto, ya que consiste en la obtención de una ventaja derivada del empleo de la cosa"] (...)".

V.3. Síntesis

En relación a los elementos de *Prueba* de cargo y parte que dieron eventualmente sustento a esta causa que es motivo del análisis las desconocemos, pero ello no es óbice a ensayar como mencionamos el inicio del trabajo darle una nueva mirada a lo que la doctrina y jurisprudencia ha tratado sobre el *Encubrimiento*.

De la sentencia de la Sala III, inferimos por el requerimiento del señor fiscal algo que nos inquieta, se trata de saber cómo pudo *probar* en la causa la acción típica del delito de encubrimiento, veamos en detalle.

El bien jurídico eventualmente afectado en la figura típica del Encubrimiento comprende a los "delitos contra la administración pública" **(19)**, consideramos que debe existir y exigirse un nivel superior de carga probatorio en cabeza del señor representante de la acción pública, pues es quien en definitiva representa los intereses de

(17) CSJN, 1916, "Nuñez, M. c. Rocca de Ominelli, M. s/ injurias graves". (Fallos 125:10); 1917 - "Aybar Sobrecasas, Francisco". (Fallos 127:36); 1976 - "Aduana c. Belport SCA". (Fallos 295:591); 1986 - "Avenida Independencia 2131 SRL". (Fallos 308:1557); 1989 - "Weissbrod, Pedro s/ causa N° 6062". (Fallos 312:597); 2019 - "González, Miguel Ángel y otros s/ homicidio simple". (Fallos 342:1501).

(18) D'ALBORA, Francisco José, "Código Procesal Penal. Anotado, comentado y concordado", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 9ª ed., p. 783.

(19) DAYENOFF, David Elbio, "Código Penal. Comentado. Anotado con jurisprudencia", Buenos Aires, 2011, 2ª ed., p. 156.

los todos ciudadanos y del damnificado se haya o no constituido en querella.

Coincidimos con *Despouy* **(20)** frente al sentido protector de raigambre constitucional en relación a los alcances del bien jurídico y la potestad de poder "afianzar la justicia" **(21)**.

Nos indica la jurisprudencia en relación al Encubrimiento, pues se dificulta la investigación de los delitos y por ende obstaculizan la prestación del servicio de justicia, ya que "(...) el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de la función pública en todas sus áreas" **(22)**.

a) Delito antecedente: se trata del delito de robo agravado por el uso de armas, ocurrido el día 15/junio/2018, en donde le fuera sustraído el vehículo marca (*Renault - Duster*) al damnificado (*L. V. M. B.*), quien luego del hecho solamente hizo la denuncia en sede de "(...) la Comisaría Noreste 6ª, de La Matanza provincia de Buenos Aires (...)"; destacando además que "(...) sobre el vehículo no pesaba al momento pedido de secuestro (...)".

b) Los sujetos: debemos recordar que todo tipo penal indica una o varias conductas típicas, realizadas por una persona o varias quienes en su accionar lesionan o ponen en peligro un bien jurídico que en el caso sería la "propiedad". Tal como indica la dogmática penal "(...) en cada tipo se identifican "dos sujetos", el activo que ejecuta el comportamiento, con este nombre se conoce el autor de la conducta típica, también se lo llama agente, actor o sujeto-agente; y también está el pasivo en cuya cabeza radica el interés que se vulnera; entiéndase por sujeto pasivo la persona titular del bien jurídico que el legislador protege en el respectivo tipo legal y que resulta afectada por la conducta del sujeto agente (...)" **(23)**.

- *Sujeto activo:* desconocemos quien o quienes fueran los mismos.

- *Sujeto pasivo:* surge de la resolución que la persona damnificado por el delito de robo agravado fuera (*L. V. M. B.*).

c) Ausencia de participación: no hay al menos prueba cierta, concreta y material que indique la *participación* bajo cualquier circunstancia del delito principal de robo agravado de (*A. J. B.*); por ende nos indica la doctrina que "(...) la dinámica típica de los distintos supuestos de encubrimiento exige que el autor no haya participado del delito precedente" **(24)**, como lo expresa la propia norma penal **(25)**.

d) Receptación **(26)**: para el señor fiscal en su requerimiento de elevación a juicio considero que (*A. J. B.*) supuestamente "(...) haber recibido o adquirido el vehículo marca (Renault - Duster); con conocimiento de su origen ilícito y con ánimo de lucro (...)".

El Art. 277 inc. 1° letra c del Cód. Penal, indica como las conductas típicas las de: "Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito".

- La acción *Recibir* tiene como sinónimo Aceptar o Tomar algo.

---

(20) DESPOUY SANTORO, Pedro Eugenio, "El delito de encubrimiento", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, 1ª ed.

(21) Para la doctrina constitucional "(...) Se pretendía que la Constitución que se sancionaba contribuyera a consolidar la vigencia del valor justicia, en las relaciones entre gobernantes y los gobernados y de éstos entre sí (...)". PIZZOLO, Calogero, "Constitucional Nacional, Comentada, Anotada y Concordada"; Junto a los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional y la Jurisprudencia de los Organismos de Control. Catedra de Derecho Constitucional Latinoamericano. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2004, p. 44.

(22) AMANS, C. V. / NAGER, H. S., "Manual de Derecho Penal - Parte Especial", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, 1ª ed., p. 461.

(23) REYES ECHANDÍA, Alfonso, "Derecho Penal - Parte general", Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2017, 9ª reimpresión de la 11ª ed., ps. 100, 101 y 107.

(24) BAIGÚN, D. / ZAFFARONI, E. (dirs.), TERRAGNI, M. A. (coord.), DE LANGHE, M. (supervisión), ob. cit.

(25) Código Penal - Art. 277: "(...) el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado (...)". ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., "Código Penal y legislación complementaria, anotados con jurisprudencia", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, 7ª ed., p. 812.

(26) Le corresponden como sinónimos de la receptación tanto el "Encubrimiento, Ocultación, Ocultamiento". Diccionario de Sinónimos y Antónimos. Ed. OCEANO, México, 2004, p. 575.

- La acción *Adquirir* tiene como sinónimo Comprar o Tomar algo.

- La característica *Cosas*, se refiere a objetos materiales [*res furtivae* **(27)**] que para el caso sería el vehículo marca (Renault - Duster).

- *Provenientes de un delito,* hace referencia al supuesto origen natural de la cosa material (*Renault - Duster*), que en la génesis del caso supuestamente le fuera robado a (*L. V. M. B.*), pero como dato relevante no había pedido de secuestro del mismo al momento de los supuestos hechos y solamente existía una denuncia en sede la Comisaría Noreste 6ª, de La Matanza provincia de Buenos Aires.

Resulta relevante destacar que en el requerimiento de acusación el señor fiscal hace mención a la palabra "Haber" siendo gramaticalmente un verbo infinitivo simple; más allá de ello, lo importante es saber cuáles fueron aquellos elementos positivos en materia probatoria que le dieran sustento a dicha acción típica donde estuviera verificado sin margen de error y certeza positiva que (*A. J. B.*) supuestamente pudo "adquirir y/o recibir" el vehículo propiedad de (*L. V. M. B.*).

Justamente no se sabe bajo qué circunstancias de modo, forma y tiempo se encontraba (*A. J. B.*) conduciendo el vehículo propiedad de (*L. V. M. B.*). Sobre la Receptación, indica la jurisprudencia que "(...) Los verbos típicos circunscriben las acciones que configuran el delito, por lo que es atípica la conducta de recibir en préstamo de uso; o simplemente proporcionados por el autor del robo" **(28)**.

Ha sido uniforme toda nuestra jurisprudencia sobre los receptadores, ya que por medio de ellos se potencian los delitos antecedentes del Encubrimiento, pues "(...) los autores de estos hechos proliferan al tener asegurada la colación de la mercadería ilegalmente obtenida obstaculizando la acción de la justicia (...)" **(29)**.

e) Ánimo de lucro: Surge de la resolución que (*A. J. B.*) supuestamente tenía "(...) conocimiento de su origen ilícito y con ánimo de lucro (...)"; el agravante se expresa del Art. 277 inc. 3° letra b, de la norma penal de fondo.

En la fundamentación que realizara la señora magistrada de su resolución que homologara en principio al acuerdo sostenido por las partes en los términos del instituto del Juicio Abreviado, indica que "(...) La agravante en el caso, se trasluce en la obtención de cualquier beneficio material apreciable, siendo indiferente que consista en la adquisición de la propiedad o la simple posesión del bien, si redunda en un beneficio económico que deriva de su uso (...)"; "(...) Probado el uso del rodado por parte del justiciable, el fin de lucro resulta manifiesto, ya que consiste en la obtención de una ventaja derivada del empleo de la cosa (...)".

Entendemos que frente a la fundamentación esgrimida por la señora magistrada, no apreciamos una relación directa que se adecue con la supuesta prueba que se menciona por demás abundante, es significativo que se advierten elementos de apreciación que lejos de ser propios de *sana crítica* no se ajustan a los estándares de fundamentación que debe exigir toda resolución judicial, lo que termina traduciendo la misma en una sentencia de contenido arbitrario.

Por ello y ante la ausencia probatoria consecuentemente bien fundamentada compartimos que "(...) el encubrimiento agravado quedará consumado si se comprueba en la conducta del agente la mera intención lucrativa, porque la efectiva comisión de este delito agravado es independiente de la realización del ánimo de lucro" **(30)**.

---

(27) GALETTA DE RODRÍGUEZ, Beatriz, "Diccionario latín jurídico", Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2006, 1ª ed., p. 195.

(28) CNCrim. y Correcc., Sala 6ª, "Lemus, Marcelo A.", 28/11/1984. CNCrim. y Correcc., Sala 4ª, "Palmieri Alegre", 11/3/1986.

(29) CNCas. Penal, Sala III, "Fontalba Mesa, Neres de Jesús y otros s/ recurso de casación", 24/10/1996. Causa: N° 417, Registro: 343.96, Magistrados: Dr. Tragant; Dr. Casanovas; Dr. Riggi.

(30) POLAINO NAVARRETE, Miguel, "El Injusto típico en la teoría del delito", MAVE Editora, Ciudad de Corrientes, Argentina, 2000, 1ª ed., p. 262.

Entonces el llamado *ánimo de lucro* debe ser y estar lo suficientemente probado para que se pueda perfectamente configurar y adicionar como agravante en el delito de encubrimiento tal como lo indica la jurisprudencia en donde "(...) resulta acertada al entender que F. actuó con ánimo de lucro pues obtuvo un beneficio material apreciable económicamente, elemento acreditado por dichos de los testigos y por el propio imputado que lo reconoció (...)" **(31)**.

Reiteramos lo relevante en demostrar el agravante como nos indica el maestro Donna, para quien "(...) no se configurará la agravante si dicho ánimo no se encuentra probado" **(32)**. Dicho criterio es seguido además por la jurisprudencia en donde "(...) se acredita el ánimo de lucro cuando el autor de la receptación manifestó en juicio que las cosas recibidas eran para ser comercializadas" **(33)**.

Finalmente, "(...) no resulta aplicable el agravante al no haberse probado en la causa que el agente recibió el vehículo de procedencia ilícita con el propósito de venderlo, alquilarlo, hacerlo trabajar como medio de transporte o incluso desguazarlo después con la venta de sus repuestos" **(34)**. Ya que "(...) el probado uso de la cosa que implique una ventaja derivada de su empleo o disposición, no importando que ello derive de la adquisición en propiedad o de su posesión estable (...); bastará con demostrar la finalidad perseguida en tal sentido" **(35)**.

VI. Conclusiones

El delito de encubrimiento reúne unas características propias e independientes del delito principal y la ajenidad del agente en su comisión o participación.

El aspecto probatorio siempre es fundamental ya que es la materia prima reunida en la instrucción por quien le corresponde acusar y además por quien carga con ella para controvertirla y producir la necesaria.

La resolución analizada entendemos no plasmo ese aspecto probatorio que sostendría la fundamentación de la misma para el contenido adicional del agravante que insistimos debe estar plenamente probado.

Toda resolución producida en las mismas circunstancias que no reviste la suficiente fundamentación deviene en arbitraria, y quien se sienta agraviado en ella debe recurrir a los fines de obtener una mejor situación de su defendido o en su caso el tribunal interviniente debería absolver al justiciable.

Somos plenamente respetuosos de lo que se haya decidido en el presente caso, nuestra propuesta es simplemente adicionar una nueva mirada de un tema interesante y bastante analizado.

---

(31) TCas. Penal, Sala II, Provincia de Buenos Aires. Causa: 22.775 del 16/06/2007.

(32) DONNA, Edgardo Alberto, "Delitos contra la administración pública", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 514.

(33) CCrim. Córdoba, Sala 9ª. Causa: "Zalazar" del 11/03/1993.

(34) TOral Crim. N° 7, Causa N° 1364, "Mazablia, Fernando A. s/ encubrimiento" del 27/09/2002.

(35) CNCrim. y Correcc., Sala I, Causa: 37.938 "Salguero, Sandro" del 03/12/1990; Causa: "Sosa, Gustavo" del 19/10/1999; CNCrim. y Correcc., Sala II. Causa: 32.438 "Sosa, Antonio" del 05/05/1987; CNCas. Penal, Sala II. Causa: "Martínez Ceccarelli, Adolfo H. s/ recurso de casación" del 27/02/1997.

PROCESAL PENAL

Doctrina

La incorporación de la prueba en el procedimiento de flagrancia

Gustavo Zottig (*)

Sumario: I. Normativa y antecedentes.— II. Características de la figura. Doctrina.— III. Antecedentes jurisprudenciales.— IV. Datos y Estadísticas relacionados.— V. Conclusión.— VI. Bibliografía y enlaces.

El presente trabajo tiene como objeto el analizar la viabilidad de la incorporación de elementos de prueba adicionales durante el proceso de instrucción sumarial —*flagrancia*— (art. 353 *bis* y ccds. del Cód. Proc. Penal), desde su implementación por medio de la sanción de la ley 24.826 y su posterior modificación a través de la ley 27.272.

I. Normativa y antecedentes

En el mes de mayo del año 1997, se sancionó la *ley 24.826*, a través de la cual se incorporó al Cód. Proc. de la Nación, el Título IX denominado "Instrucción Sumaria".

Así, el art. 353 *bis* de dicho cuerpo legal establecía que, cuando una persona haya sido sorprendida en *flagrancia* de un delito de acción pública y, el juez considerare que *prima facie* que no procedía la prisión preventiva del imputado, la investigación habría de quedar directamente a cargo del Agente Fiscal, no pudiendo superar la instrucción del proceso, un plazo superior a los quince [15] días.

En la primera oportunidad, el agente fiscal debía poner en conocimiento del imputado cual era el hecho que se le atribuía y las pruebas existentes en su contra, invitándolo a elegir defensor.

La norma, establecía que el encartado tenía la potestad de presentarse ante el fiscal con su abogado defensor —aún por escrito—, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, consideraba útiles. Y, además, disponía que el imputado tenía la posibilidad de solicitar al juez ser oído en declaración indagatoria, pasando entonces a regirse el procedimiento por las normas comunes.

Asimismo, aquella Ley adicionalmente introducía al Código de procedimientos el art. 353 *ter*, el cual preveía que, reunidos los elementos probatorios respecto de los extremos de la imputación penal, el agente fiscal correría vista al querellante, si lo hubiere, luego de lo cual se expedirá en los términos del inc. 2° del art. 347. El apartado, concluía que el juicio tramitaría conforme las reglas del libro III que correspondan al caso, como así también podía transitar según las reglas del juicio abreviado.

Al respecto, cabe traer a colación lo que surge del Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, con motivo de la 40ª reunión de la 17ª sesión ordinaria celebrada el 23 de octubre de 1996 en la que se trató como orden del día nro. 699 la incorporación del Título IX del Cód. Proc. Penal. Allí, a través del Dictamen de la Comisión de Legislación Penal se aconsejaba la sanción de la norma, al estimar que la inclusión de un procedimiento sumario de instrucción en caso de un delito cometido en flagrancia, constituía una alternativa procesal que podría servir para dar rápida respuesta del sistema penal en casos que, por la forma en que fueron descubiertos (en flagrancia), resultaba de más sencilla comprobación.

Por otra parte, se advierte también del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, la 29ª Reunión de la 10ª Sesión Or-

(*) Abogado egresado UBA y del Posgrado en Derecho Penal UP. Secretario del Juzgado Nac. Crim. y Corr. Federal N° 2.

dinaria en donde se dio tratamiento a la orden del día nro. 301 de fecha 21 de mayo de 1997 en donde respecto del tema, el Sr. Quinzio —Senador por la provincia de San Luis— señaló que el instituto en análisis tendía a dar mayor celeridad al procedimiento y posibilitaba un menor gasto de recursos por parte del Poder Judicial. Agregó, que se sustituía el procedimiento especial para los casos en que una persona haya sido sorprendida *in fraganti* delito de acción pública, a condición de que el juez estime —*prima facie*— que no correspondiera la prisión preventiva del imputado.

Adujo el Senador que, en tales supuestos, la instrucción estaría a cargo del Fiscal y no podría exceder los quince días. Como así también, que ante el cuestionamiento relativo a la delegación de las facultades instructoras al representante del Ministerio Público Fiscal, el proyecto contemplaba la posibilidad de que el imputado solicite al juez el ser oído en declaración indagatoria, en cuyo caso, la instrucción pasaba a regirse por las normas comunes.

Surge de aquella discusión, la disidencia parcial planteada por el entonces Senador de la provincia de Catamarca —Sr. Villarroel—, quien en la oportunidad sostuvo que mantenía su propuesta de supresión de la frase "También podrá tramitar según las reglas del juicio abreviado".

En tal sentido, el legislador argumentó que no se trataba de un juicio abreviado sino de un procedimiento acotado, en donde se producía una sentencia condenatoria sobre la base de prueba de la instrucción y de la llamada admisión por parte el imputado, que no resultaba de ninguna manera un juicio.

Hizo referencia además, que la instrucción era un resabio del sistema inquisitivo y por ello nuestro sistema penal se llamaba mixto. Concluyó el senador, que la instrucción no era un juicio, sino un procedimiento donde las posibilidades de la defensa se encontraban sumamente restringidas y, por ende, menoscabadas las garantías de la Constitución que exigen juicio previo a una condena. (cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados y Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación. *www.hcdn.gov.ar*)

Posteriormente, en el año 2016 el Poder Ejecutivo Nacional mediante Nota nro. 556, remitió al Congreso un proyecto de ley que pretendía regular el procedimiento especial para los delitos cometidos en flagrancia.

El mismo, se señaló, encontraba sustento en la necesidad de dar una respuesta procesal adecuada a la problemática del alto índice de criminalidad y reincidencia, dotando al Poder Judicial de una herramienta ágil, sencilla y eficaz para el juzgamiento de hechos en los que el autor resultara sorprendido en el momento de cometerlos o, inmediatamente después; o mientras fuera perseguido por las fuerzas de seguridad, por el ofendido o, por el clamor público; o mientras tiene en su poder objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar de un delito, conforme lo establecido por el art. 285 del Cód. Proc. Penal.

Se consignó en la nota, que una gran cantidad de casos que llegaban a conocimiento de los Tribunales podrían ser resueltos rápidamente y de modo eficiente salvaguardando las garantías de los imputados.

Y, se agregaba que, el lento accionar de la justicia no solo retardaba la rápida reparación a la víctima y a la sociedad, sino que obligaba al imputado de un delito a padecer largos períodos de encierro o incertidumbre respecto de su situación procesal. Como consecuencia de ello, la confianza en el servicio de justicia se veía debilitada, lo que agravaba la problemática, si se tenía en cuenta que no son pocos los casos en los que los afectados por un delito intentan resolver su situación por medios propios y al margen de la ley.

Se sostuvo además que, en el marco de la demanda social de mayor protección a los ciudadanos y de la declaración de la emergencia de seguridad pública, dicho proceso tenía por finalidad que los detenidos sorprendidos al momento de cometer un delito de acción pública sean puestos a disposición de un juez de manera inmediata.

Por otra parte, se hizo referencia a que, si bien el Cód. Proc. Penal ya establecía en sus arts. 353 *bis* y 353 *ter* un procedimiento para los casos de flagrancia, era necesaria su modificación con el

objeto de ampliar la cantidad de delitos alcanzados por dichas reglas y su aplicación solo a la etapa de instrucción sino también a la de juicio.

En la Nota nro. 556 también se aludió a que, teniendo en cuenta que los medios eran limitados y, en la búsqueda de asignarlos de la manera más eficiente posible, el procedimiento que se propiciaba permitía resolver de forma rápida los casos de autor conocido y prueba sencilla, liberando de esta manera recursos estatales para la investigación y juzgamiento de delitos de investigación compleja como el narcotráfico, la trata de personas, la corrupción y el crimen organizado, brindándole a la sociedad mayor justicia y seguridad.

Concluyéndose así, que la modificación propugnada permitiría en un corto plazo resolver la situación de detenido cumpliendo con la manda constitucional derivada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que: "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso" (art. 7.5).

Fue entonces, que el Honorable Congreso de la Nación con fecha 7 de septiembre de 2016 sancionó la ley 27.272, denominada "Procedimiento para casos de flagrancia", siendo sustituida la letra del art. 353 *bis* por el texto: "El procedimiento para casos de flagrancia que se establece en este título es de aplicación a todos los hechos dolosos en los que se verificasen las circunstancias del art. 285 y cuya pena máxima no supere los quince [15] años de prisión o veinte [20] años de prisión en los supuestos del art. 119, cuarto párr., y del art. 166, penúltimo párr., del Cód. Penal, o tratándose de un concurso de delitos, ninguno de ellos supere dicho monto. Las decisiones jurisdiccionales a las que se refiere el presente título se adoptarán en forma oral en audiencia pública y contradictoria, respetándose los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración. Las resoluciones se notificarán oralmente en la misma audiencia y los recursos de reposición y apelación se interpondrán y concederán del mismo modo. Se labrará un acta sucinta de la audiencia, la que será grabada en forma total mediante soporte de audio y, en la medida de las posibilidades del tribunal, video. Las disposiciones previstas en el presente título no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieran lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales, o de cualquier otro derecho constitucional. Si con motivo u ocasión de la protesta social se cometieren delitos comunes en flagrancia, podrán ser sometidos a las disposiciones del presente título".

La normativa, en lo referente al procedimiento, además reemplazó el contenido del art. 353 *ter* del Cód. Proc. Penal e incorporó al cuerpo legal el art. 353 *quater*, relativo al carácter multipropósito de la audiencia.

Al respecto, este último apartado —entre otras cosas— permite al imputado o a su defensor, el objetar fundadamente la aplicabilidad del procedimiento, cuando consideren que no se verifican los presupuestos del art. 285 o que la complejidad de la investigación no hará posible la aplicación del mismo.

En orden a la producción de prueba, el art. 353 *quáter* refiere además, que el fiscal solicitará al juez la realización de todas las pruebas que se estimen pertinentes para completar la instrucción y que aún no se hubieren producido. Allí se establece, que dichas medidas deberán llevarse a cabo en un plazo máximo de diez [10] o veinte [20] días, si se resolviere mantener la detención u otorgar la libertad al imputado, respectivamente.

Se estipula, que para los casos en que fuera indispensable para el correcto ejercicio del derecho de defensa, el plazo de producción de prueba para el imputado detenido podrá extenderse por veinte [20] días. Como así también, que la defensa podrá solicitar las medidas de prueba que considere pertinentes, debiendo ser resueltas por el juez en forma oral, inmediata y de manera fundada todas las cuestiones introducidas en la audiencia oral inicial de flagrancia.

Finalmente, la norma sancionada incorporó también el art. 353 *quinquies*, el art. 353 *sexies* y el art. 353 *septies* del Cód. Proc. Penal.

Por otra parte, sustituyó el art. 285 del Cód. Proc. Penal, como así también el título III del libro II, segunda parte del Cód. Proc. Penal por el denominado "Título III Procedimiento en flagrancia" y agregó el título IV del libro II, segunda parte del Cód. Proc. Penal, ley 27.063, denominado: "Título IV Procedimientos Complejos" (arts. 292 *bis, ter, quater, quinquies, sexies* y *septies* del Cód. Proc. Penal).

II. Características de la figura. Doctrina

En torno al procedimiento de *instrucción sumarial* instaurado por la ley 24.826, Francisco D'Albora señala que dicha normativa cambió el sistema de instrucción judicial poniendo en cabeza del Ministerio Público la dirección de la totalidad de la investigación. Ello, mientras no se solicite la conversión al régimen común mediante la solicitud de declaración indagatoria por parte del imputado.

Agrega el autor, que se estableció dicho procedimiento para todos los delitos de acción pública —siempre que medien dos requisitos—. Por un lado, la sorpresa de flagrancia, la consecuente aprehensión y la ulterior detención del autor. Por otro, cuando —a criterio del juez— no resulte necesario el dictado de la prisión preventiva.

Sin embargo, D'Albora sostiene que sorprende que el instituto se presente como paradigma del sistema acusatorio, dado que cercena, en forma considerable, alguna de las garantías concedidas al imputado. Más precisamente, la declaración indagatoria y el consecuente dictado del auto de procesamiento.

En tal sentido, refiere que tales supresiones equivalen a renunciar "...al control de la legalidad de los actos del Ministerio Público por los órganos jurisdiccionales, para privilegiar su decisión sobre la de los Tribunales" (MAIER, "El proyecto de Cód. Proc. Penal de la Nación", DP, nro. 9, 1986, p. 662).

Destaca que, al eliminarse el procesamiento, la situación se complica por la vigencia del art. 8.2, ap. h) de la CADH, el cual prescribe que: "toda persona inculpada de un delito...tiene derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior", tornando difícil vacilar que quien soporta un proceso penal, carezca del derecho a un reexamen jurisdiccional de su situación, aún con antelación a la sentencia de condena.

Pone de manifiesto además que, suprimido el procesamiento —salvo en caso de conversión a régimen común por pedido del imputado para que se le reciba declaración indagatoria— se restringe el derecho a controlar la imputación y se apresura el juicio, sometiendo al acusado —sin previo pronunciamiento judicial— a la publicidad ilimitada (art. 363, párr. primero).

Asimismo, hace referencia a que la instrucción sumarial debe apreciarse desde la mira de una pronta dilucidación del caso y de la simplicidad de la investigación, tornándose imposible establecer un criterio de aplicación automática.

Respecto de los plazos, D'Albora aduce que los mismos son meramente ordenatorios, toda vez que su vencimiento no transforma la instrucción preparatoria en judicial. Y acota que, en tanto no se asigna al Ministerio Público el ejercicio de funciones jurisdiccionales sino de mera pesquisa, no repugna a garantía constitucional alguna (cfr. Francisco J. D'Albora, "Cód. Proc. Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado. Tomo II". Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2005, ps. 783/793).

En otro orden, Guillermo Navarro y Rafael Daray refieren que el procedimiento de *instrucción sumarial* (ley 24.826) fue creado para delitos en los que la flagrancia hace presumir que la investigación será sencilla, en virtud de la simpleza que supone su prueba, derivada a su vez de aquella circunstancia —*la sorpresa del imputado en flagrancia*—.

Agregan los autores, que solo dicho suceso posibilita una instrucción *rápida*, es decir, en el exiguo plazo menor a quince días previsto por el dispositivo.

Respecto del procedimiento, en su trabajo "Cód. Proc. Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial" señalan que, con su implementación, se pretendió solucionar con celeridad la persecución de delitos que no requerían de una instrucción dilatada, por la simplicidad del hecho que lo motivaba y de su prueba, de forma de ofrecer —en tal caso— una administración judicial ágil que, coetáneamen-

te, respete las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio, dado que se preveía la posibilidad de que el imputado opte por someterse al procedimiento común (art. 353 *ter*).

Además, sostienen que la complejidad de la prueba entonces, no se compadece con el trámite del instituto, al punto, de que se ha afirmado correctamente, de no tolerar hasta ciertas hipótesis de flagrancia propia, debiendo en todos los casos "evaluarse la previsión de pronta dilucidación del caso y la falta de la nota de complejidad en la colecta probatoria" para su imposición (cfr. NAVARRO, Guillermo Rafael - DARAY, Roberto Raúl, "Cód. Proc. Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi - José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2016, 5ª ed. actualizada y ampliada, t. 2, ps. 732/742).

Por otra parte, Guido Aguirre en el trabajo "Cód. Proc. Penal de la Nación. Comentado y Anotado" señala que el instituto fue ingresado a través de la ley 24.826 juntamente con el del juicio abreviado, con el objetivo de acelerar los plazos del trámite de los sumarios, para aquellos casos que, por sus características, se presentaban como sencillos o no merecedores de un intenso debate.

Pone de manifiesto el autor, que en lo referente a la instrucción sumarial se fijó un límite para su aplicación, circunscribiéndolo solo a los casos en donde el imputado es sorprendido en flagrancia en la comisión de un ilícito, es decir, en el mismo momento de cometer el delito, o bien, en forma inmediata a la comisión de este.

Así, la detención debía ser consecuencia de la actuación del sujeto activo en la comisión de un ilícito de acción pública o dependiente de instancia privada y, *prima facie*, el juez estimara que no resulta aplicable el dictado de una prisión preventiva.

Que, en los casos previstos la instrucción sumarial sería delegada al Ministerio Público Fiscal, quien —previo a todo trámite— debía notificar al imputado el hecho que se le atribuía, de la prueba existente en su contra y se lo invitaba a designar a un abogado defensor de su confianza, como así también a constituir domicilio.

Destaca Aguirre, que la investigación sumaria no se agota en estos actos procesales, toda vez que el agente fiscal está facultado a concretar todas las medidas de prueba conducentes a los fines del esclarecimiento o profundización del hecho, exceptuando claro está, los actos irrepetibles.

Hace referencia, a que los procesos de flagrancia en los que se aplica el trámite abreviado, revisten el carácter de excepcional puesto que la concepción global del Código, tiene como principio que la instrucción ordinaria es la aplicación regular para el enjuiciamiento. De allí, que no se le ha admitido cuando, entre otros, el expediente sea complejo puesto que la abreviación es incompatible con la necesidad de efectuar prueba en el sumario prolongada en el tiempo (cfr. "Cód. Proc. Penal de la Nación. Comentado y Anotado". ALMEYRA, Miguel Angel (dir.), BAEZ, Julio César (coord.), La Ley, Buenos Aires, 2007, 1ª ed., t. III, ps. 47/54).

Que, con relación al instituto de instrucción sumarial Raúl Washington Ábalos aduce que no puede aceptarse una interpretación según la cual los arts. 353 *bis* y 353 *ter* del CPPN pretendan impedir un acto jurisdiccional esencial durante la instrucción de un sumario —la indagatoria—, y que posee el imputado como medio de defensa específico.

Y sostiene, que deben aplicarse las normas obligatorias de los arts. 312, 215 párr. segundo y 294 del CPPN, que impiden soslayar el acto de la indagatoria brindada ante juez competente.

Por tal motivo, el art. 353 bis remite al fiscal al Libro II, Sección II del mismo cuerpo legal, dado que la clausura de la instrucción tiene como presupuesto el procesamiento y este, a su vez, requiere de la indagatoria (Cfr. ÁBALOS, Raúl Washington, "Cód. Proc. Penal de la Nación. Comentado Anotado Concordado. Tomo III A. Arts. 334/431 *bis*". Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007, ps. 111/119).

III. Antecedentes jurisprudenciales

Mientras se encontraba en vigencia la *ley 24.826*, surgen precedentes jurisprudenciales emanados de las distintas Salas que conforman la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Crimi-

nal y Correccional, que evidencian la limitada posibilidad con la que contaba la defensa para introducir elementos probatorios adicionales durante el procedimiento de instrucción sumarial.

La circunstancia descripta, se advierte de los sumarios que a continuación se detallan:

Sumario 1

"Dentro del concepto de flagrancia definido por el art. 285 del CPPN, se analizan tres supuestos: a) flagrancia propiamente dicha, que se refiere al caso de los autores de un ilícito que son descubiertos en el mismo acto de su perpetración o un instante después; b) cuasi flagrancia, que supone el alejamiento de los partícipes del lugar del hecho pues ellos deben ser aprehendidos tras haber sido perseguidos por la fuerza pública, por el ofendido o por el clamor público y c) flagrancia presunta, que hace referencia a la situación de la persona que es aprehendida con objetos o rastros que permitan presumir, con seguridad, que acaba de participar de un delito. El art. 353 *bis* del CPPN remite al concepto de flagrancia para identificar los casos que deben ser tramitados conforme estas reglas, por lo cual alude a todos los supuestos definidos por la ley en el art. 285 del CPPN La interpretación restringida del concepto de flagrancia es inadecuada pues con ella se realiza una distinción donde la ley no la hace. No obstante resulte discutida la cuestión de si los hechos culposos quedan abarcados en los supuestos contemplados por el art. 285 del CPPN, habida cuenta que la violación al deber objetivo de cuidado es anterior a la verificación del resultado lesivo, no resulta aplicable el instituto. Por otro lado, la complejidad de la prueba que debe producirse en aras de acreditar la materialidad del ilícito y la responsabilidad que le cupo al encausado, tornan inaplicable el trámite previsto en el art. 353 *bis* del CPPN. La simplicidad de la actividad probatoria tiene su correlato en la poca complejidad de la actividad defensiva en el exiguo plazo que este procedimiento especial prevé. La cuestión no radica en si el fiscal puede aportar pruebas para elevar a juicio en quince días, sino si la defensa puede cumplir con su ministerio en tal corto lapso, lo cual en los casos en los que ello resulta imposible, se violaría el derecho de defensa en juicio. La actividad de la defensa en la etapa instructora tiene, como fundamental misión, el control de la prueba a producirse. Si en el caso, la necesidad de contar con pericias accidentológicas, informes médicos con sus posibles derivaciones, en cuanto a la proposición de puntos de pericias, realizar impugnaciones, etc., complican la actividad de la defensa en tal corto plazo, en salvaguarda del derecho de defensa, debe entenderse que la causa no se ajusta a las previsiones del art. 353 *bis* del CPPN. Decir que los plazos son "meramente ordenatorios" se traduce en afirmar que no hay plazos, lo cual implica desnaturalizar los términos procesales, que existen en la ley y que deben ser cumplidos y cuya correcta interpretación es que existen a favor del imputado (del voto del Dr. Bunge Campos). La norma contenida en el art. 353 *bis* del CPPN solo contempla los casos de flagrancia propia, descripta en el art. 285, primer supuesto, del CPPN. El giro utilizado "haya sido sorprendido" permite ceñir la hipótesis habilitante a la flagrancia propiamente dicha, que constituye la primera de las alternativas a que se refiere el art. 285 (**). Si bien se discute si los hechos culposos se encuentran comprendidos dentro del concepto de "flagrancia propia", debe sostenerse que si, pues la violación al deber objetivo de cuidado es anterior al resultado lesivo al bien jurídico. No obstante, atento a la complejidad del caso, no corresponde la aplicación del instituto de la instrucción sumarial (del voto del Dr. Escobar). Por tanto, corresponde revocar el auto apelado." (CNCrim. y Correc. Jueces: Bunge Campos, Escobar. Causa: "García, Damián", 14/09/2005, c. 27.040. Sala VI.)

Sumario 2.

"La instrucción sumarial presupone que el imputado haya sido sorprendido en flagrancia de un delito de acción pública. Si ni se presenta ninguna de las hipótesis de flagrancia —propia, cuasi flagrancia o presunta—, no puede aplicarse el trámite que impone el art. 353 *bis* del CPPN. "La ley 24.286 creó la 'instrucción sumarial' para delitos en los que la flagrancia hace presumir que la investigación será sencilla (...) por virtud de la simpleza que supone su prueba, derivada a su vez de aquella circunstancia (la sorpresa del imputado en flagrancia). Solo ello posibilita una instrucción rápida (...) La com-

plejidad de la prueba, entonces, no se compadece con el trámite del instituto (...) La detención debe presentarse como consecuencia de haber sido sorprendida en flagrancia". Si el sumario se inició a raíz de la denuncia del médico de guardia del hospital que asistió al menor damnificado, quien le manifestó que los hematomas que presentaba se los había producido la encausada; corresponde revocar el auto que dispone el trámite previsto en el art. 353 *bis* del CPPN por no darse ninguna de las hipótesis de flagrancia." (CNCrim. y Correc. Jueces: González Palazzo, González, Seijas. Causa: "Chipana, Sonia", 17/02/2006, c. 27.975. Sala IV).

Sumario 3

"(...) Si bien la evaluación del mérito para convocar o no a prestar declaración indagatoria a determinada persona es una cuestión discrecional del juez y por lo tanto no es procedente la impugnación del fiscal, en el caso, es importante destacar que el fiscal quedó a cargo de la investigación en virtud de que originariamente se imprimió a las presentes actuaciones el trámite previsto por el art. 353 *bis* del CPP (fs. ...). Ello así por cuanto, el día 19 de marzo de 2012 en una de las audiencias llevadas adelante por el Tribunal Oral de Menores N° 1 en el marco de la causa (...), sus integrantes ordenaron la inmediata detención de J. P. Z. A., por cuanto consideraron que se encontraban ante la flagrante comisión del delito de falso testimonio. El titular de la acción penal, mediante su dictamen de fs. (...) consideró que el hecho a investigar no se limitaba a la supuesta falsedad en la que habría incurrido el nombrado Z. A., sino que, además debía evaluarse la conducta de D. E. T., quien a su criterio, sería el instigador del falso testimonio cometido por aquel. (...) resulta evidente que la cuestión (...), excede los límites previstos por el art. 353 *bis* del CPP, no solo porque uno de los presuntos involucrados no habría sido sorprendido en flagrancia, sino también, porque ante esta última circunstancia, no es posible hablar de una investigación sencilla y de prueba de fácil producción. (...) dado que no pueden convivir dos trámites diversos en las mismas actuaciones, corresponderá imprimirle a las presentes trámite ordinario. (...) el tribunal resuelve: I. Confirmar parcialmente el auto de fs. (...) en cuanto dispuso no hacer lugar al pedido de indagatoria de D. E. T. y J. P. Z. A. II. Revocar parcialmente el auto de fs. (...) en cuanto dispone devolver las actuaciones a la Fiscalía de Instrucción N° 20, a tenor del art. 353 *ter* del mismo cuerpo legal". (CNCrim. y Correc. Sala V. Jueces: Pociello Argerich, Garrigós de Rébori, López González. Causa 1232_5/12 "Z. A., J. P.", Rta. 19/09/12).

Sumario 4

"(...) Asiste razón a la Fiscalía en su crítica dirigida en torno al trámite que, bajo la órbita del art. 353 *bis* del Cód. Proc. Penal, se imprimió a las presentes actuaciones. En efecto y siguiendo el criterio que ha sostenido esta Sala —apuntado también por el recurrente en su escrito de apelación—, "conforme la experiencia común —uno de los sustratos de la sana crítica—, la prueba en este tipo de investigaciones no siempre resulta de fácil e inmediata recolección; al contrario, pesquisas análogas a las del caso, pueden importar la necesidad de obtención no solo de testigos y de probanzas documentales, sino fundamentalmente de verificaciones periciales inherentes a las características del hecho" . En esa dirección, si bien el fiscal ha requerido la realización de medidas de prueba que fueron ordenadas en la prevención (...), lo cierto es que hasta la fecha— transcurridos cuarenta y un días desde el hecho— no se cuenta con sus respectivos resultados, de suerte tal que se exhibe al menos corroborado que la complejidad o naturaleza del suceso impide ajustarse al plazo de quince días establecido por el sistema de información sumaria . Ello, sin dejar de advertir además que las particularidades del delito culposo —en el que por definición se ocasiona un resultado no querido por el agente— no parecen compatibles con la exigencia legal de que la persona haya sido "sorprendida" cometiéndolo (art. 353 *bis* del código adjetivo). Por último y tal como citó el Ministerio Público Fiscal, la ley 24.826 "incorpora por vía de esta instrucción sumarial un proceso ágil y abreviado para las hipótesis de delitos leves sorprendidos en flagrancia, privilegiando la celeridad procesal frente a la evidencia probatoria, que de por sí significa aquella circunstancia" , situación que, en supuestos de homicidio culposo, regularmente no se verifica, en especial frente a las hipótesis de producción de prueba pericial, con las formalidades que esta requiere —tiempo incluido— antes de la agregación de sus conclusiones al proceso. En consecuencia, esta Sala

resuelve: Revocar la decisión documentada (...), en cuanto fuera materia de recurso". (CNCrim. y Correc. Jueces: Divito, Cicciaro. Causa "Ortíz, Lucas", 15/10/2012, c. 1.538/12. Sala VII).

Por otra parte, con la implementación de la *ley 27.272*, surge evidente que no ha variado el criterio esgrimido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en lo referente a la incorporación de elementos de prueba durante el procedimiento de *flagrancia*.

Muestra de ello, resultan los precedentes que a continuación se describen:

Sumario 5

"(...) En la fecha se celebró la audiencia oral prevista en el art. 454 del Cód. Proc. Penal, con motivo de los recursos de apelación interpuestos por la defensa de L. A. (...). La primera cuestión se relaciona con el rechazo del planteo de inconstitucionalidad del art. 353 *bis* del Cód. Proc. Penal, según el texto de la ley 27.272, introducido por la asistencia técnica. En torno a ello, se comparte sustancialmente lo decidido en la instancia anterior. El régimen instaurado recoge ciertas características de la instrucción sumarial, que no solo perduró por muchos años sino que resistió el test de constitucionalidad. Se trata entonces de un procedimiento en el que el imputado ha sido detenido en flagrancia y que supone una colecta probatoria sencilla, en tanto si se vislumbra una actividad investigativa compleja el sistema deberá reportar al régimen común. Justamente, el imputado y su defensa cuentan con la posibilidad de cuestionar la procedencia del instituto y el juez debe pronunciarse, con la posibilidad de articular un recurso ordinario al que se le otorga efecto suspensivo. En el procedimiento rigen los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración que garantizan la sustanciación del debido proceso, en el que, además, se observan las reglas previstas para la declaración indagatoria en el procedimiento común, en todo lo que no resulte contrario a las disposiciones introducidas por la ley 27.272. De ahí que el imputado cuenta con el derecho de entrevistarse con su defensor y aquel es impuesto del hecho, de las pruebas habidas en su contra y de la posibilidad de negarse a declarar sin que ello constituya presunción en su contra. Al propio tiempo, en orden a la producción de la prueba que la defensa pueda ofrecer, cabe destacar la extensión del plazo original de diez a veinte días —este último es el previsto si se dispone la libertad del causante— cuando el imputado se encuentre detenido, extremo que asegura "el correcto ejercicio del derecho de defensa". No se observa entonces que aparezca comprometido el tiempo que la defensa necesita para el ejercicio de su ministerio, como lo ha puntualizado el Ministerio Público Fiscal en la audiencia celebrada en esta alzada.(...). De lo actuado en esta causa, inclusive, se desprende el efectivo y cierto ejercicio del derecho de defensa, sin que encuentre andamiento el argumento introducido en la audiencia oral, en torno a que la prueba es esencialmente producto de la actuación de las fuerzas de seguridad, a diferencias de aquellos procesos que responden al régimen común —que en rigor podrían sustentarse también en actos de la policía—, pues se trata de un argumento meramente dogmático y que difícilmente pueda concebirse —pese a que así se ha argumentado— en el marco de la garantía de igualdad ante la ley. Al cabo, debe recordarse la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional y por ello es que debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico (Fallos 264:364; 288:325; 295:455; 306:1597, entre muchos otros). En tal sentido, las cuestiones que se vinculan con la política criminal ponderadas por el legislador resultan ajenas a la órbita judicial si no se ven vulneradas garantías de tenor constitucional. Por otra parte, también serán desestimados los cuestionamientos introducidos respecto de lo actuado en la prevención, ya que el acta de fs. (...) es la que documenta el inicio de las actuaciones; las actas de detención, inspección ocular y secuestro se labraron en presencia de los testigos de actuación (...); y en lo que atañe a las restantes piezas, dable es mencionar que la omisión de los testigos de tal naturaleza, al no constituir una causa genérica de nulidad ni tampoco ajustarse a las hipótesis específicas, no conduce a la invalidez del acto en el que se verifica . (...) En razón de las consideraciones que anteceden, el Tribunal resuelve: Confirmar lo resuelto a fs. (...), en cuanto fue materia de recurso". (CNCrim. y Correc. Jueces: Cicciaro, Scotto. Causa: "Alarcon, Leonardo s/ hurto", 15/12/2016, c. 73.574/16. Sala VII).

Sumario 6

"(...) Intervenimos en la apelación interpuesta por la defensa (...), contra el punto I del auto de fs. (...) que no hizo lugar al planteo de nulidad efectuado. II.- El Dr. (...) puntualizó en su presentación que la detención de (...) se produjo por un accionar policial encuadrado en los arts. 184 y 284 del Código Procesal Penal, en función del concepto de flagrancia del art. 285. La falta de aplicación de la ley 27.272 que regula el procedimiento específico para esos casos, vulneraba la garantía del debido proceso, la defensa en juicio y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. En la audiencia, la Dra. (...) ratificó esa presentación y explicó pormenorizadamente en dónde radicaba el agravio. Requirió la conversión del trámite impreso y la libertad del imputado. Sobre este punto, alegó que el perjuicio que la arbitraria decisión del Fiscal había ocasionado a (...) —quien lleva un mes detenido sin que hasta el momento se hubiera definido su suerte en el proceso— debía ser ponderado a su favor, disponiéndose la libertad. El Dr. (...), en representación de la Fiscalía General (...) indicó primeramente que la norma pone en cabeza del Fiscal la facultad de imprimir este trámite, dado que la locución "...deberá, en caso de corresponder, declarar el caso como flagrancia...", deja abierto un marco de discrecionalidad para que evalúe la complejidad que puede presentar la investigación y la consecuente tensión que se genera con la persecución penal eficaz. Así, siempre que el acusador advierta una dificultad en la recolección de prueba, puede disponer el procedimiento ordinario. Por otro lado, sugirió que el recurrente no había podido demostrar cuál era el gravamen que esa decisión había provocado. Se trataba entonces de un alegato meramente teórico, que no podía ser admitido. Explicó además que en caso de que el Tribunal resolviera conforme a la pretensión de la defensa, la detención de (...) era absolutamente válida, pues en momento alguno se había discutido que el accionar policial se enmarcara en el inc. 4° del art. 284 del Cód. Proc. Penal. Finalmente, señaló la contradicción que evidenciaban los planteos que se trajeron a esta audiencia, pues por un lado se reclamaba la no aplicación del trámite novedoso, pero por el otro se cuestionaba el auto de procesamiento dictado. Y esto no se había articulado en forma subsidiaria. III.- Los argumentos que invoca el acusador público no logran conmover el temperamento que se adoptara en el día de la fecha en la causa nro. 32.749/17 "Catalano, Renzo Fabián", los que acá se reproducen. Es cierto que la Ley 27.272 solo prevé la oposición de la defensa a su aplicación en dos casos: cuando no se verifiquen los presupuestos del citado art. 285 o cuando la complejidad de la investigación lo impida. Pero el gravamen que su no aplicación puede generar al imputado es, a esta altura, indiscutible. Le asiste razón al recurrente en cuanto a que se lo ha privado de la rápida respuesta que el sistema prevé en una primera audiencia multipropósito y otra de clausura. En ellas se define lo relativo a su libertad, las soluciones alternativas de conflicto que se propongan y, eventualmente, el avance hacia la próxima etapa. Reduce así la duración del trámite del legajo en la instancia instructoria, en esta alzada en su revisión y en el debate a través del juicio unipersonal. Nótese que mientras la tradicional instrucción puede demandar cuatro meses desde la declaración indagatoria, prorrogable conforme al art. 207, en la de flagrancia se prevé un máximo de diez días si hay personas detenidas y de veinte días para cuando se hubiera acordado su libertad previamente. Este plazo solo puede ser diferido por otros veinte días cuando fuere indispensable para un correcto ejercicio del derecho de defensa. El mejor ejemplo es ver cómo han operado los términos en este caso. (...) Al día de hoy lleva un mes en detención, sin que se hubiera definido la necesidad de un debate oral y público o se vislumbre una conclusión alternativa. Si en cambio se hubiera actuado conforme indica la ley 27.272, el (...) se habría desarrollado la audiencia multipropósito y, de no acordar las partes una solución al conflicto, la decisión de elevar la causa a juicio o desvincular al imputado se podría haber adoptado diez días después. Aquel mismo día hubiese sido tratada su libertad y revisada en esta instancia en las 24 horas posteriores. No puede dejar de destacarse tampoco, que el reclamo que introdujo el día 3 (...) por vía de nulidad y que ahora se trata bien podría haberse planteado en la primera oportunidad que tuvo conocimiento del caso, oponiéndose a que preste declaración indagatoria. Pero de cualquier manera el agravio que se alega —aunque en forma tardía— es evidente y merece ser atendido porque aún continúa causando perjuicio. La flagrancia se caracteriza especialmente por sus

cortos plazos, pero estos no alcanzan por sí solos para definirla o agotarla. El dictado de una resolución que decida la cuestión es la piedra angular del ensamblaje legislativo vigente y ello debe ser privilegiado. La pregunta entonces que subyace es la siguiente: ¿puede el Fiscal invocar razones de complejidad para evitar el trámite que dispone esa norma? Para despejar tal interrogante debe reconocerse que tras más de seis meses de la entrada en vigencia de la norma, hoy pueden analizarse sus disposiciones de un modo más preciso. La experiencia muestra que su aplicación ha ido decreciendo considerablemente, a tal punto que hoy pareciera ser la excepción. Y lejos de obedecer a la escasez de detenciones flagrantes, respondería a una deformación inexplicable que se ha ido haciendo de la letra de la ley. Repárese que el art. 353 *bis* establece tres supuestos que deben concurrir para que proceda: que el hecho sea doloso; que se verifiquen las circunstancias del art. 285 y que la pena máxima no supere los quince años de prisión o veinte años de prisión en los supuestos del art. 119, cuarto párr., y del art. 166, penúltimo párr. del Código Penal; o tratándose de un concurso de delitos, ninguno de ellos exceda dicho monto. Luego, el apart. tercero dispone: "Al momento de tomar conocimiento de la aprehensión, el Fiscal deberá declarar, de corresponder, el caso como flagrancia, sometiendo el mismo al trámite establecido en este título" —el destacado nos pertenece—. Se extrae entonces que no es potestad del representante del Ministerio Público Fiscal decidir sobre la conveniencia de su aplicación. La norma lo impone siempre que se verifique la presencia de esos tres requisitos. A ellos justamente se refiere la expresión "de corresponder". No contempla excepciones como las que en este sumario se han invocado (...), menos aún pueden alegarse razones de política criminal. Pone solo en cabeza de la defensa la posibilidad de alegar cuestiones de complejidad para objetarlo y, eventualmente, apelar su rechazo (art. 353 *quater*). Creemos que esa es la interpretación que se adecua a la clara intención del legislador, pues la literalidad de la ley es la primera forma de hacerlo. Y así fue expresamente consignado. No se trata de un juego semántico sobre el alcance del vocablo "deberá". La dificultad probatoria fue expresamente ponderada como herramienta de oposición para una sola de las partes —la defensa—. Suponer que se trató de una omisión no parece correcto porque desvirtúa de manera directa el objetivo de dar un tratamiento dinámico, conciliador y expeditivo en un marco contradictorio. Desde un postulado lógico, que para el Fiscal sea un deber —y no una facultad—, explica por qué la norma solo contempla en relación a la defensa la potestad de oponerse, y no ya el reclamo activo. Guarda entonces absoluta coherencia con el norte tenido en miras al sancionar la reforma —acelerar la sustanciación de los expedientes— y con la obligación de velar por un adecuado ejercicio del derecho de defensa en un marco de garantizada transparencia por la presencia exigida de todas las partes. Nótese incluso que esto es ratificado cuando se prevé para la asistencia técnica la posibilidad de obtener una prórroga del plazo de producción de prueba, siempre que "fuera indispensable para el correcto ejercicio del derecho de defensa". Parece quedar claro que la preocupación del legislador estuvo dada porque los exiguos plazos que se prevén para dar resolución al conflicto no pusieran en riesgo la defensa eficaz. La premisa es que cuando el imputado fue sorprendido en cualquiera de los supuestos que marca el art. 285 del ordenamiento ritual, la producción de la prueba para el acusador será sumamente sencilla. De allí que cualquier prerrogativa sea puesta únicamente a favor del imputado. Si el legislador hubiese querido otorgar al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de decidir si el trámite del sumario responderá a un criterio de conveniencia, así lo habría hecho. Cuanto menos, podría haber reducido el margen de su aplicación a delitos con una pena menor. Lejos de ello el instituto nació con estándares mínimos —nos referimos aquí a los tres requisitos que menciona el art. 353 *bis* y que fueron reseñados anteriormente— para atender la necesidad social de dar celeridad en los conflictos de los ciudadanos con la ley penal. Excepcionar la norma con semejante liviandad importaría facilitar en la práctica que se ignore lisa y llanamente algo que, por imperio legal, ha significado una modificación de parte del sistema de enjuiciamiento, dotándolo incluso de recursos humanos y técnicos en busca de mejor servicio de justicia. Esto no puede ser desatendido por el acusador público en la forma en que se pretende. Por otro lado no se advierte

la contradicción que señala el Dr. (...) en los planteos del recurrente. Más allá de la forma en que fueron articulados —si de modo subsidiario o no—, la impugnación del auto de procesamiento responde a un principio básico: el ejercicio de una defensa eficaz. De allí que este argumento no pueda ser admitido. Resta entonces determinar si su decisión se proyecta en términos de validez sobre todo lo actuado como lo solicita el recurrente. La respuesta es en parte negativa. Veamos. En primer lugar porque de acuerdo a los principios de conservación y trascendencia los actos procesales solo serán nulos cuando no se hubieran observado disposiciones expresamente prescriptas bajo esa sanción, o se constate algún vicio sustancial. Sobre este punto la ley nada dice y por otro lado, retrotraer el proceso a su inicio solo operaría en desmedro de los intereses del imputado, en tanto su situación de detención se vería innecesariamente prolongada una vez más. Habiéndose entonces demarcado los lineamientos básicos de lo que, a nuestro entender, es la interpretación correcta de la norma y verificado el agravio concreto que afecta los intereses de la defensa, indudablemente debe corregirse el trámite que se ha pretendido imprimir a este legajo, para adaptarlo a las previsiones de la ley 27.272. Será en esa ocasión en la que los involucrados podrán argumentar sobre la forma en que se procura concluir este juicio, con la celeridad y dinámica que el instituto demanda. En ese mismo marco podrá el recurrente reeditar el planteo relativo a la libertad que en este acto introdujo, pues dado que hasta la fecha el sumario se regía por las normas ordinarias de procedimiento, la ausencia previa de un contradictorio no tiene la incidencia que reclama. Pero entonces, para concluir, como la ley 27.272 no prevé declaración indagatoria ni auto de procesamiento y que ese será el régimen con el que continuará el expediente a partir de ahora, entendemos que lo más prudente es anular únicamente esos actos. En consecuencia, el Tribunal resuelve: I. Declarar la nulidad de la indagatoria de fs. (...), su ampliación de fs. (...) y del auto de procesamiento dictado a fs. (...); II. Disponer que se lleve a cabo, con la premura que el caso exige, la audiencia multipropósito prevista en la ley 27.272. (...)". (C.N.Crim. y Correc. Jueces: Lucini; González Palazzo. Causa: 31775_17_6. Autos: "Dogliotti, Brian Darío s/ nulidad. Flagrancia", 29/06/2017, Sala VI).

Sumario 7

(...) La jueza de la instancia anterior: a) denegó las medidas de prueba solicitadas por la defensa de J. C. B.; b) no hizo lugar al planteo de nulidad articulado por esa defensa contra el requerimiento de elevación a juicio formulado por el Ministerio Público Fiscal; c) denegó la excarcelación a J. C. B. Dichos pronunciamientos fueron impugnados por la defensa oficial (fs....). Celebrada la audiencia prevista en el art. 454 del CPPN, expuso agravios la apelante, representada por el Dr. Diego Mascioli de la Defensoría General de la Nación. En concreto, cuestionó la denegatoria de las medidas de prueba propuestas durante la audiencia de flagrancia y puso en crisis la validez del requerimiento de elevación a juicio, porque su admisión por la magistrada implicó convertir la audiencia inicial en audiencia de clausura. Sustancialmente, argumentó que el rechazo de dichas medidas —pertinentes y útiles— afecta el derecho de defensa de su representado y le impidió ejercer correctamente su ministerio, porque, a la luz de la caducidad que establece el art. 353 *sexies* del CPPN, no pudo evaluar integralmente su situación y, por tanto, aconsejarlo técnicamente sobre la eventualidad de solicitar un juicio abreviado. Asimismo, expuso agravios en contra de la denegatoria de la excarcelación de su asistido. Replicó la Dra. Celeste Cúneo, por la Fiscalía General N° 1, quien propició la confirmación de lo resuelto en todos los aspectos. Luego de deliberar, las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas. II.- El trámite de flagrancia tiene previstas dos audiencias, una inicial y otra de clausura (353 *quater* y quinquies del CPPN). La primera de esas normas establece, entre otras cuestiones, que las partes podrán proponer las pruebas que consideren pertinentes y que aún no se hubieran producido. Dichas medidas deberán llevarse a cado en un plazo máximo de diez o veinte días, si se resolviere mantener la detención u otorgar la libertad al imputado, respectivamente. Para los casos en que fuera indispensable el correcto ejercicio del derecho de defensa, el plazo de producción de prueba para el imputado detenido podrá incluso extenderse por veinte días, debiendo la audiencia de clausura ser fijada en ese mismo acto teniendo en

cuenta esos plazos. Dicha previsión establece que la defensa podrá solicitar las medidas de prueba que considere pertinentes, debiendo todas las cuestiones introducidas en la audiencia oral inicial ser resueltas por el juez en forma oral, inmediata y de manera fundada. En el presente caso, la defensa de C. B. requirió la realización de medidas de prueba —la obtención de los registros de cámaras que pudieran haber captado el hecho; la ampliación de los dichos del preventor en base a la manifestación que se consignó a (fs.) porque no especificó cuál de los encausados reconoció que la tijera secuestrada le pertenecía; y la ampliación de los dichos de los damnificados y de los testigos de actuación, por cuanto ellos habrían escuchado ese reconocimiento—. A su vez, la defensa del coencausado S. resaltó también la importancia de las cámaras y, asimismo, la recepción de declaración del segundo testigo presencial con que se contaría, cuya existencia surgió de la ampliación de los dichos de J. P. S., dispuesta y concretada por el propio Fiscal durante la instrucción (fs.). En ese marco, el representante de C. B. señaló que le llamaba la atención la oposición de la Fiscalía a concretar prueba en esta instancia, por cuanto la solicitud de cámaras —aún no incorporadas— había sido dispuesta por él al inicio de la instrucción (fs.) y su valoración sobre la importancia del testimonio de los testigos presenciales, había quedado evidenciada cuando personalmente, con control de ambas defensas, amplió los dichos de S., no comprendiéndose por qué ahora se dejaban de lado los de P. M. V., quien en esa oportunidad circulaba con este último (fs.). También expresó que le llamaba la atención que no le interesara esclarecer las referencias del preventor y, asimismo contar con las referencias de los testigos de actuación que habrían escuchado la manifestación que habría recibido el oficial Izzi. Al escuchar la grabación de la audiencia (registrada como parte 2), resulta que, al concedérsele la palabra al Fiscal interviniente, manifestó que la prueba reunida le resultaba suficiente para solicitar la elevación a juicio, más allá de que se pueda evaluar la existencia de registros fílmicos del hecho y de que se escuche al testigo presencial pendiente. A continuación, solicitó la prisión preventiva de ambos imputados, la conversión en audiencia de clausura de aquella que se estaba celebrando y requirió la elevación a juicio de las actuaciones, para lo que adjuntó la pieza que en copia obra a (fs.). En este contexto, la jueza rechazó las medidas solicitadas y el planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio por la conversión en audiencia de clausura, con fundamentos exclusivamente genéricos, referidos a que la prueba solicitada podía y debía ser concretada en la instancia oral, los que a la luz de las circunstancias que se señalarán a continuación tornan arbitraria esa decisión. En primer lugar, con respecto al requerimiento de los registros de cámaras aledañas al lugar del hecho, no existía disenso entre las defensas y la Fiscalía, en atención a la solicitud expresa de esa prueba que surge de la consulta asentada a (fs.), bajo el punto 7, a lo cual se sumó el reconocimiento de su importancia expresado en la audiencia por el fiscal, frente al cual perdió toda validez sustancial su contradictoria manifestación de que consideraba suficiente la prueba reunida para avanzar procesalmente hacia el juicio. Ante la inexistencia de conflicto entre las partes, la jueza debió disponer la incorporación de esa prueba y, si no, en caso de entender que no resultaba pertinente ni útil, motivar las razones de ello, resultando la fórmula "de que pueden ser producidas en el juicio" un razonamiento de fundamentación aparente y violatorio de lo normado en el art. 123 del CPPN. Lo mismo sucede con la declaración de V., solicitada por las defensas y admitida por el Fiscal como pertinente, aun cuando contradictoriamente decidió prescindir de la misma por el momento. En orden a las restantes medidas —la ampliación de los dichos del preventor, de los damnificados y de los testigos de actuación, para el esclarecimiento del punto señalado por la defensa de C. B., resulta atendible la invocación de haberse afectado el derecho de defensa con su denegatoria y con la conversión de la audiencia en la de clausura. Es que, teniendo en cuenta el plazo de caducidad para la eventual solicitud de una suspensión de juicio a prueba o la realización de un acuerdo de juicio abreviado (art. 353 *sexies* del CPPN), asiste razón al impugnante de que se lo privó de la prueba que le habría permitido evaluar la real situación en que se encontraba su defendido para, luego de ello, aconsejarlo y acordar con el mismo la estrategia defensista a seleccionar. En tales condiciones, corresponderá revocar lo resuelto a (fs.) punto 3 en cuanto rechazó el planteo de nulidad y decretar la nuli-

dad de la decisión que rechazó las medidas de prueba propuestas por la defensa de C. B. y de la que rechazó la nulidad del requerimiento de elevación a juicio formulado por el Ministerio Público Fiscal (fs.). Asimismo, se decretará la nulidad parcial del acto documentado en copia a (fs.), en punto a la conversión en audiencia de clausura de la audiencia inicial en curso, lo que comprenderá la nulidad del mencionado requerimiento fiscal de elevación a juicio y de la disposición de clausura y elevación a juicio de la jueza de la instancia anterior (fs.). Las decisiones impugnadas han lesionado la defensa en juicio en tanto posibilidad cierta y concreta de preparar en tiempo y forma la estrategia de la defensa, por lo cual el pedido tendrá acogida favorable. El Estado debe garantizar al inculpado el tiempo y medios adecuados para preparar su defensa (art. 8.2, inc. "c" de la Convención Americana de Derechos Humanos). III.- J. C. B. fue imputado por el delito de robo en grado de tentativa (arts. 42, 45, 167, inc. 4°, en función del 163, inc. 6°, del Cód. Penal (fs.). La pena prevista para ese ilícito ubica su situación procesal en la primera de las hipótesis del art. 316, aplicable por remisión del 317, inc. 1°, del CPPN, por cuanto el máximo respectivo no supera el tope de los ocho años. Sin embargo, se computa en forma negativa en los términos del art. 319 del CPPN el hecho de que fue condenado con anterioridad en 3 oportunidades, lo que determina un pronóstico de pena efectiva en caso de ser sancionado en estas actuaciones —causas nros. 13480/2010 (3499) del Tribunal en lo Criminal y Correccional N° 16, en la que el 8/11/2011 se lo condenó a 6 meses efectivos, y 37.888/2011 (4142) del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 2, en la que el 25/09/2015 se lo condenó a 2 años y 6 meses efectivos— no cabrá aplicar el instituto de la unificación por ambas se encuentran vencidas. Ese pronóstico se computa en los términos del art. 319 del CPPN porque, al conocer C. B. la modalidad de pena que pudiere corresponderle, cuyo mínimo asciende a un año y medio, cabe presumir que no ajustará su conducta a las obligaciones procesales que pudieran imponérsele, y da cuenta de la razonabilidad y proporcionalidad de la cautela personal. Esa circunstancia y la precariedad de su arraigo, imponen mantener su encierro cautelar, teniendo en cuenta que sus condiciones personales —su correcta identificación— no resultan suficientes para neutralizar el mencionado riesgo de fuga frente a una eventual libertad caucionada. No existe desproporción en orden al tiempo de detención cumplido —desde el 11 de agosto pasado— frente a la pena en expectativa y su modalidad, ni en consideración a las características particulares del trámite de flagrancia aplicado al caso, que en un plazo no mayor a 20 días podrá pasar a juicio y ahí debatir si se mantiene la prisión preventiva (art. 353 *septies* del CPPN, 1° párr.). En tales condiciones, se homologará la denegatoria de excarcelación del imputado. En virtud del acuerdo al que se arribó, el tribunal resuelve: I. Revocar el punto dispositivo 3 de (fs.) y decretar la nulidad de la decisión que rechazó las medidas de prueba propuestas por la defensa de C. B. y de la que rechazó la nulidad articulada contra el requerimiento de elevación a juicio formulado por el Ministerio Público Fiscal (fs.); y decretar la nulidad parcial del acto documentado en copia a (fs.), en punto a la conversión en audiencia de clausura de la audiencia inicial en curso, lo que comprende la nulidad del mencionado requerimiento fiscal de elevación a juicio y de la disposición de clausura y elevación a juicio de la jueza de la instancia anterior (fs.). II. Confirmar el auto de (fs.) (…)". (CNCrim. y Correc. Jueces: López, Pociello Argerich, Pinto. Causa: 57795_19_5. Autos: "Castro Bermúdez, Jonathan s/ medidas. Nulidad. Excarcelación", 26/08/2019, Sala V).

IV. Datos y estadísticas relacionados

Que, en orden a la ejecución de la ley 27.272, cabe hacer mención a lo referido por los miembros de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal con fecha 21 de octubre de 2016, a través de la resolución administrativa 16/2016 (Ref. Expte. SG 2471/2016).

Surge de la misma, que en virtud de la remisión al Congreso del nuevo "Procedimiento para casos de flagrancia"; en función de los motivos y finalidades que llevaron a instaurar el nuevo sistema (a los que hacía referencia la nota nro. 556 del Poder Ejecutivo Nacional del 04/04/2016), los Sres. Camaristas manifestaron que compartían enteramente todas las inquietudes y objetivos mencionados.

Tras describir las acciones —que en punto a tal situación—, se llevaron a cabo a lo largo de

los años tanto por parte de esa Alzada, como así también por la CSJN, los Sres. Jueces hicieron referencia a que la reforma fijada por la ley 27.272, buscaba brindar herramientas útiles en pos de la satisfacción de los objetivos señalados y por ello resultaba, sin dudas, un avance significativo.

Sin embargo, estimaron que para que ese progreso tuviera eco en la práctica, se requería adecuar ciertos aspectos estructurales que, al menos en ese entonces, no estaban suficientemente preparados para satisfacer las demandas que el nuevo sistema traía aparejadas. Ello, además de exigir optimizar los recursos sí existentes, evitando dispendios o un eventual colapso de los tribunales.

A su vez, hicieron referencia a que había falencias que superar y realidades que poner de manifiesto para lograr una correcta implementación, las cuales, no eran pocas.

Esto último, iba de la mano con la tarea de generar las condiciones para lograr una aplicación eficaz. Circunstancia, que involucraba a los tres poderes del Estado, así como al Ministerio Público. En ese sentido, se señaló que ninguno de estos órganos podía perder de vista la realidad propia, recíproca y ajena comprometida, ni el impacto que, sobre la base de aquella, podía llegar a tener una aplicación desprovista de los medios necesarios.

Asimismo, las autoridades de la Cámara Federal de Apelaciones pusieron de manifiesto que lo sustancial consistía en asegurar que la regulación, al ser llevada a la práctica, lo haga en un escenario que permitiera darle pleno efecto a sus plausibles objetivos y asegurar plenamente los derechos y garantías de las personas sometidas a proceso penal, como lo exigía la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales con jerarquía Constitucional.

Puesto que, de lo contrario, no solo existía la posibilidad que el nuevo régimen no cumpla su finalidad, sino que, su aplicación en semejantes condiciones, podía terminar constituyendo un obstáculo insalvable para continuar operando adecuadamente con el resto del sistema, instaurado para los delitos de competencia del fuero federal.

En la Resolución Administrativa, se hizo una descripción de la situación general del Fuero, consignándose que la Acordada 37/12 CCCFed rige la distribución de causas entre los doce juzgados de esta ciudad y prevé un sistema de turnos temporales en bloques de quince días.

Que, según habían informado los juzgados de primera instancia, en ese período solían recibirse por lo menos 500 consultas ante la posible comisión de delitos, de las cuales alrededor del 65% se vinculaba a casos flagrantes. Se hizo alusión a que, en la práctica diaria, cuando por las circunstancias del caso correspondía disponer la libertad del detenido, esta era inmediatamente dispuesta por los jueces sin necesidad de traslado, evitando así una permanencia más prolongada en esa condición. Empero, con la nueva normativa todas esas personas tendrían que ser trasladadas a comparecer ante los magistrados en 24 horas, prorrogables por un término igual.

El escenario descripto, implicaba una cantidad de aproximadamente treinta y tres detenidos por día y unas doscientas treinta audiencias semanales, las que, además, deberían ser presenciadas por los fiscales, los defensores y, eventualmente, las víctimas. Ello, solo por supuestos de flagrancia, sin contar la actividad independiente que tenía cada juzgado, los cuales también intervienen en causas iniciadas por denuncia, investigación fiscal o incompetencia.

Frente a este panorama, las autoridades de la Cámara Federal de Apelaciones estimaron necesario la adopción de medidas de orden práctico que permitieran al Fuero hacer operativa esta modificación al Cód. Proc. Penal.

Además, se advirtió un déficit en la dotación de personal. No solo en los juzgados, sino además en otras dependencias, que debían adaptar su actividad a requerimientos de tiempo y forma de este sistema, como la Oficina de Delegados Judiciales y las Salas de la Cámara.

El problema —se consignó—, abarcaba tanto a la cantidad de funcionarios que auxilian a los jueces, como a las vacancias para cargos de magistrados que existían en el fuero. Como así también, sobre los medios —de infraestructura, técnicos y electrónicos— que se requerían para

dar pleno efecto a requisitos impuestos por la normativa sin comprometer seriamente el servicio de justicia (ej. espacios edilicios adecuados para los actos, equipos de grabación, de video y de teleconferencias técnicamente preparados, así como con más computadoras e impresoras y una mejor conectividad de los sistemas).

En otro orden, en la Resolución Administrativa se hizo referencia a la cuestión del flujo de traslado y alojamiento de detenidos que acudirían a los tribunales con la aplicación de la nueva ley, si se aplicaba su letra en forma literal. Al respecto, se expuso que el sistema carcelario ya presentaba "...un contexto de colapso carcelario y deficiencias estructurales, las agresiones físicas y muertes, el uso extendido del aislamiento en solitario, la sobrepoblación, las restricciones en el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales (educación, trabajo, alimentación y salud, entre otros), y las deficientes condiciones edilicias resultan las principales falencias en el sistema carcelario nacional" (conf. Informe Anual sobre el año 2015 respecto de "La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina", presentado por la Procuración Penitenciaria de la Nación ante el Congreso de la Nación en el 2016).

Por lo tanto, se afirmó que, en aquellas condiciones, la implementación del nuevo sistema —si no era acompañada de profundas reformas estructurales—, podría agravar aún más la situación. Dado que, la Unidad 29 del Servicio Penitenciario Federal, no contaba con la infraestructura requerida para alojar diariamente un flujo muchísimo mayor de detenidos, brindando las condiciones del caso para que puedan pernoctar y comer en el lugar.

En otro orden, se aludió a que la reforma tendía a brindar rapidez, eficacia e inmediatez y que, con esa finalidad, se instituyó la celebración de una audiencia, en sede del juzgado y con traslado del detenido, veinticuatro horas después de cometido el hecho. Ahí, debía hacerse una evaluación, aunque sea preliminar, sobre su relevancia penal o no. Para lo cual, resultaba imprescindible tomar conocimiento de ciertas evidencias que hacían a las cuestiones más básicas, especialmente en determinados supuestos.

Como ejemplo de ello, se graficó que ante una imputación por tenencia de drogas (art. 14 ley 23.737), debía saberse si lo secuestrado era efectivamente material estupefaciente, cuantificando su pureza, calidad, cantidad y otros factores. Ello, se determinaba vía peritaje de la especialidad, que materializan divisiones específicas de las fuerzas de seguridad. Sin embargo, tal estudio definitivo, en realidad —dependiendo del origen natural o sintético de la sustancia—, solía demorar entre treinta y noventa días.

Idéntica situación, se reiteraba sobre aquellos peritajes que se efectúan sobre documentación supuestamente falsificada o adulterada, ya sea en su soporte o contenido. Tratándose este, de un dato imprescindible para cualquier examen, por preliminar que sea, relativo a cargos por falsificación y/o uso de documentos públicos (arts. 292 y 296 del CP).

En tal sentido, se hizo referencia a que los plazos que preveía la norma no eran los que solían emplear las agencias involucradas. Con todo, la producción de esos elementos en tiempo y forma resultaba vital, tanto para los jueces de primera instancia que debían fallar —sobre planteos tan importantes como la excarcelación de una persona—, como para los Tribunales de Alzada que, en los casos previstos, tendrían que revisar sus conclusiones. (cfr. resolución administrativa 16/2016 —Ref. Expte. S.G. 2471/2016— del 21 de octubre de 2016, fda. por los doctores Martín Irurzun, Jorge L. Ballestero, Eduardo R. Freiler, Eduardo G. Farah. Centro de Información Judicial —CIJ— www.cij.gov.ar).

Por otra parte, en torno a la implementación del nuevo "Procedimiento para casos de flagrancia" también se expidieron los miembros de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, cuyo cuerpo en pleno emitió la resolución 233/2016 del 24/11/2016, en donde se hizo hincapié en las distintas inquietudes y carencias que hacían a la implementación de la reforma sancionada por el Congreso de la Nación mediante ley 27.272.

Los Camaristas, previo a aclarar que aquella institución no se sentía facultada, ni procuraba dar opinión acerca de los objetivos o propósitos perseguidos por esa ley; señalaron que pretendía dar a conocer la opinión de los órganos y

autoridades intervinientes en la administración de justicia sobre las manifiestas dificultades que causaría la futura aplicación de la misma, al menos en el fuero federal penal con asiento en la Provincia de Buenos Aires.

Así, entre los aspectos a los hicieron referencia, surgía como más sobresaliente, que la Cámara Federal de La Plata posee competencia múltiple como cualquier Alzada del interior de la República (civil, penal, laboral, contencioso administrativo, leyes especiales, etcétera), a la que cabía aunar la que debió hacerse cargo provisionalmente por disposición de la CSJN.

Entonces, se consignó que su competencia territorial comprende 41 partidos de la provincia de Buenos Aires, abarcativa de una población de más de 5.500.000 personas concentrados en gran parte en el denominado "conurbano Sur".

Ello, además de ser Tribunal de Alzada de los Juzgados Federales en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo N° 2 y 4 de La Plata y N° 3 de Lomas de Zamora, lo es de los Juzgados Federales en lo Criminal y Correccional N° 1 y 3 de La Plata, de los Juzgados Federales Criminales y Correccionales N° 1 y 2 de Lomas de Zamora (distantes a 55 km.), del juzgado Federal de Quilmes —de competencia múltiple— (distante a 44 km.) y del Juzgado Federal de Junín (de competencia múltiple) (distante a 322 km.).

Por otra parte, los Juzgados Federales en lo Criminal y Correccional de La Plata (N° 1 y 3) al igual que los Juzgados Federales Criminales y Correccionales de Lomas de Zamora (N° 1 y 2), se encontraban de turno en meses calendarios sucesivos, en tanto que los de Quilmes y Junín (únicos en sus respectivas jurisdicciones y de competencia múltiple) se hallaban de turno todo el año.

Pusieron de manifiesto los Sres. Jueces, que en atención a que las personas aprehendidas "en flagrancia" debían comparecer ante los jueces en 24 horas (art. 3º) y, teniendo en cuenta los problemas de dotación de personal, presupuestarios y técnicos que existían, se planteaban serias dudas con respecto a la operatividad de la norma a implementar.

Al respecto, en la Resolución se consignó que la sola extensión de la jurisdicción territorial de los juzgados del circuito, obstaculizaba en gran medida el mandato normativo, ello sin contar la actividad —que fuera de los supuestos de flagrancia— normalmente desarrolla cada juzgado federal, en lo relativo a causas complejas y de trascendencia institucional como son las vinculadas al tráfico de estupefacientes, trata de personas, violaciones a los derechos humanos en la última dictadura militar, delitos contra el la Administración pública, entre otros.

Los miembros de la Cámara Federal de La Plata, puntualizaron que la nueva Ley estipulaba que en la celebración de las audiencias debían estar presentes los fiscales (designados de acuerdo a la Constitución y las leyes), los defensores y, en su caso, las víctimas. En tal sentido, especificaron que aquella jurisdicción ni siquiera contaba con una Oficina de Delegados Judiciales, indispensable para adaptar la actividad de las mismas a los requerimientos de tiempo y forma del nuevo sistema.

Asimismo, indicaron que resultaba imperioso contar con los ámbitos edilicios necesarios para celebrar las audiencias tanto en los juzgados como en la Cámara (que en ese entonces eran insuficientes e inadecuados), con el aporte técnico idóneo para asegurar la realización de teleconferencias y —lo que era sustancial—, la permanencia de la conectividad del sistema.

En otro orden, los Jueces pusieron en duda que las condiciones de los lugares destinados al alojamiento de los detenidos del Tribunal y los Juzgados (alcaidías de tránsito), pudieran dar una respuesta aceptable a las obligaciones que generaba la reforma, entre cuyas exigencias, debía incluirse la presencia constante de un médico o más, que revisen a las personas que allí ingresen. Ello, más allá del ineludible refuerzo de las fuerzas de seguridad y del Servicio Penitenciario Federal asignados al traslado de las personas detenidas y custodia.

En la res. 233/2016, también se hizo alusión a las demoras de entre 30 a 60 días que insumía el envío a los Juzgados de los resultados definitivos de los peritajes por parte de los órganos especializados de las fuerzas de seguridad. Suceso este, que evidenciaba la imposibilidad de con-

tar con una conclusión pericial en 24 o 48 hs. y, por ende, para llevar adelante el procedimiento al que se hacía referencia en la nueva reglamentación.

Así, los integrantes en pleno de la Cámara Federal de La Plata, concluyeron que aquella jurisdicción carecía de infraestructura humana, edilicia y de recursos técnicos adecuados como condición indispensable para ejecutar el procedimiento previsto en la ley 27.272, circunstancia que los motivó a oficiar al Consejo de la Magistratura de la Nación a fines de solicitarle esos recursos y, hacer saber al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y al Ministerio de Seguridad de la Nación lo resuelto a los fines de ser evaluado en la esfera de sus respectivas competencias, todo lo cual fue puesto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. res. 233/2016 del día 24/11/2016, fda. por los Dres. Lemos Arias, Reboredo, Schiffrin, Nogueira, Pacilio y Compaired. Centro de Información Judicial —CIJ— www.cij.gov.ar).

Por otra parte, resulta pertinente el traer a colación los resultados del "Informe Anual de Monitoreo y Evaluación de la Implementación del Procedimiento de Flagrancia", elaborado en el mes de enero del año 2018 por la Unidad de Asistencia para la Reforma Procesal Penal (Resolución 2016-919-E-APN-MJ) de la Subsecretaría de Política Criminal dependiente de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Surge del Quinto Informe de Relevamiento de Audiencias, que el Procedimiento de Flagrancia establecido por ley 27.272 significó un gran desafío para los responsables de su implementación, seguimiento y evaluación. Allí se consignó, que se introdujo la oralidad en la etapa de investigación preliminar para los delitos cometidos en flagrancia y se dotó a los magistrados de una herramienta sencilla y ágil para juzgarlos con mayor celeridad.

Ello, además de prever la realización de una audiencia multipropósito dentro de las veinticuatro horas de la aprehensión de la persona —prorrogables por otras veinticuatro— y de establecer plazos acotados para todos aquellos actos procesales que se debían efectuar.

En el informe, también se señala que uno de los objetivos de la reforma era terminar con la disposición de la libertad de forma telefónica de los aprehendidos y brindar una respuesta rápida al conflicto para establecer un sistema en el que los imputados y las víctimas, obtengan del juez una resolución de manera presencial en el marco de una audiencia oral.

Se hizo referencia además, a que la acotación de los plazos procesales demandó un gran esfuerzo de los actores institucionales involucrados en los sistemas de Justicia Penal Nacional y Federal. Por ello, para su puesta en marcha y —para propiciar un abordaje intensivo e integral—, fue necesaria la intervención conjunta y articulada de los distintos estamentos y Poderes del Estado, así como de representantes de los diversos sectores con interés y competencia en la materia.

En ese marco, la Subsecretaría de Política Criminal, a través de la Unidad de Asistencia para la Reforma Procesal Penal, inició el proceso de seguimiento, para evaluar si el nuevo procedimiento cumplía con los objetivos planteados y lograba los efectos que se pretendían con respecto a la situación que se quería modificar con su implementación.

Al respecto, se efectuaron durante el primer año de vigencia del procedimiento de flagrancia cinco relevamientos presenciales en la Justicia Criminal y Correccional Nacional. A partir de la información de allí obtenida, fueron realizadas sugerencias y modificaciones que permitieron un mejor funcionamiento del instituto.

Entre otras, en el informe se consignó que en el ámbito de la Justicia Federal de las Provincias se observó que, si bien en un principio existió reticencia a la aplicación de la Ley de Flagrancia, luego la misma comenzó a ser utilizada en todo el país con excepción de algunas jurisdicciones como Jujuy, Tucumán y Formosa.

Por otra parte, de los cinco relevamientos realizados en la Justicia Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se podía concluir que:

1. Los delitos involucrados se mantuvieron estables durante todo el año y prevalecieron robos

y hurtos, en sus modalidades tentada y consumada.

2. Se verificó un aumento en las decisiones definitivas adoptadas dentro de las primeras 30 horas de ocurrido el hecho delictivo, desde un 39% inicial a un 69% final.

3. Dentro de esas decisiones:

- Se incrementaron las condenas, que pasaron de un 3% a un 25%.

- Aumentaron las suspensiones del proceso a prueba de un 14% a un 36%.

- Disminuyeron los sobreseimientos de un 22% a un 8%.

4. Disminuyeron las prisiones preventivas, de un 54% a un 41% y la menor marca —de 34%— se registró en el cuarto informe.

5. Si bien se redujeron las mayores demoras iniciales para la celebración de las audiencias, que llegaban hasta una hora y media, continúan siendo importantes y promedian 56 minutos de demora.

6. Se verificó una importante disminución en la aplicación del procedimiento de flagrancia por parte de los operadores del sistema. En el primer relevamiento se contabilizaron 215 casos ingresados, la cantidad se redujo y se estabilizó entre los 103 y los 125 casos en los siguientes y volvió a caer en el último relevamiento en el que ingresaron tan solo 59 casos.

De ello, se concluyó que el procedimiento de flagrancia había logrado su principal objetivo, que era brindar una respuesta rápida al conflicto, toda vez que con su implementación aproximadamente el 70% de las decisiones definitivas se adoptaron dentro de las primeras 30 horas del hecho. Mientras que, todas las resoluciones vinculadas con la libertad o prisión habían sido tomadas frente al imputado por el juez de manera oral.

Sin embargo, también allí se consignó que la disminución de la cantidad de casos de flagrancia, era un dato que reflejaba que los representantes del Ministerio Público Fiscal habían optado por no aplicar el procedimiento en casos en los que correspondía, conforme los criterios fijados en la ley 27.272.

Finalmente, se concluyó que en ese aspecto, con el cambio de gestión en la Procuración General de la Nación, se habían entablado acciones conjuntas para promover la aplicación del instituto en aras de garantizar una justicia cercana a la gente, moderna, transparente e independiente (cfr. "Informe Anual de Monitoreo y Evaluación de la Implementación del Procedimiento de Flagrancia", elaborado por la Unidad de Asistencia para la Reforma Procesal Penal —Resolución 2016-919-E-APN-MJ— de la Subsecretaría de Política Criminal dependiente de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. CABA, enero de 2018. www.jus.gob.ar).

Por otra parte, con respecto a la implementación de la ley 27.272 cabe hacer referencia a los datos obtenidos en el trabajo "Evolución de personas encarceladas en el SPF con penas de hasta 36 meses (2005/2019)" correspondiente al Cuarto Informe —julio de 2019— de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

El mismo, da cuenta de los resultados producidos con relación a la cuestión de la práctica judicial condenatoria en cuanto a la aplicación de penas de hasta tres años de cumplimiento efectivo en prisión.

Se desprende del estudio, que ha habido una evolución creciente, durante los últimos 20 años (2005 - 2019) de las personas encarceladas en prisiones del Servicio Penitenciario Federal con penas de hasta 36 meses (tres años). Dicha tendencia progresiva, se observó en todo el período estudiado, pero se acelera a partir del año 2017, a los pocos meses de aprobada la ley de Flagrancia 27.272 (aprobada el 7 de noviembre de 2016 y publicada en el BO el 1 de diciembre del mismo año).

Se determinó, que los porcentajes de personas encarceladas con penas cortas se cuadruplicaron en términos relativos, pasando del 4,9% en diciembre de 2005 al 20,3% en junio de 2019, y casi se quintuplicaron en términos absolutos en el mismo período, pasando de alrededor de 200 personas a 1100.

Así, de las bases de datos del Servicio Penitenciario Federal (SPF), se colige que para la serie que va de septiembre de 2016 y a junio de 2019, la cantidad de condenas de hasta tres años tuvo un fuerte aumento que fue escalando en cortos períodos de tiempo. Es decir, esa tendencia registrada a partir del año 2005, se profundizó en el año 2016 y, en particular, en el año 2017, siguiendo su tendencia ascendente hasta el 2019.

Por otro lado, desde septiembre del año 2016 a diciembre del mismo año (mes de puesta en marcha de la Ley de Flagrancia) no se registraron variaciones significativas, sin embargo, a partir de marzo del año 2017 y particularmente, en junio del mismo año, se produjo un fuerte incremento de este dato, para luego mantenerse con un pequeño pero sostenido incremento en 2018 que se acentuó en junio de 2019.

En el informe surge además que, a los seis meses de la aplicación de la Ley de Flagrancia, los/as presos/as con estas condenas habían pasado de 483 a 673 en junio del año 2017, o sea, habían aumentado en un 40%. Pero, dicho incremento se mantuvo en forma constante, de modo que pasa de 480 en septiembre de 2016 a 1100 en junio de 2019. Por lo tanto, en el lapso de casi tres años, esta categoría de presos/as ya superó el doble. Todo lo cual, permitía inferir que gran parte de esa evolución se generaba por el crecimiento de las penas más cortas.

Dicho aumento, resultaba significativo para el conjunto de las penas cortas, las que habrían aumentado en un 129% en el lapso de casi tres años (de septiembre del año 2016 a junio del año 2019). Pero eran aquellas penas más cortas son las que llevan la delantera con variaciones por encima del conjunto. En primer lugar, se destacó especialmente la primera categoría, o sea las que comprenden penas de 1 mes (e incluso hay casos de días) a seis meses, esta es la que presentaba un crecimiento mucho mayor, de 805%. Mientras que, el otro incremento que también estaba por arriba del conjunto era el de las penas de entre 7 y 12 meses, con un 182%.

De modo tal, que se podía concluir que son las penas más cortas aplicadas por el poder judicial, las que habían ido ganando importancia en el conjunto, mientras que aquellas de más de 24 meses, presentaban una leve baja de carácter relativo.

En el estudio, se enfoca la cuestión en el ámbito de la Justicia Nacional, reconstruyéndose su práctica condenatoria a partir de los datos que proporciona el Servicio Penitenciario Federal. Surge entonces, que se registraron 1580 sentencias condenatorias de cumplimiento efectivo en el trascurso del año 2017 de las cuales, 921 se corresponden con penas de hasta tres años, o sea, las penas cortas representaban el 68% de las sentencias relevadas del ámbito nacional.

En cuanto al año 2018, se registraron 1282 sentencias condenatorias de cumplimiento efectivo y, de estas, 895 se corresponden con penas de hasta tres años, o sea, las penas cortas representaban el 70% de las sentencias relevadas del ámbito nacional.

Finalmente, en el informe se concluye que las penas más cortas son las de mayor peso relativo. Toda vez que, en 2017 de 921 detenidos/as con condenas hasta tres años, 482 (52.3%) fueron condenados/as a prisión entre 1 mes a 1 año. Pero esta tendencia persecutoria de los delitos de insignificancia se acentuó en 2018, es así que las penas de hasta un año pasan a representar 549 (61,4%). (cfr. "Evolución de personas encarceladas en el SPF con penas de hasta 36 meses (2005/2019)" correspondiente al Cuarto Informe —Julio de 2019— de la Procuración Penitenciaria de la Nación. www.ppn.gov.ar).

V. Conclusión

En función de los datos expuestos, es posible afirmar que —desde sus inicios— el procedimiento de *instrucción sumarial* descripto en el art. 353 *bis* y ccdtes. del Cód. Proc. Penal, ha resultado sumamente restrictivo en lo relativo a la incorporación de elementos probatorios adicionales que pudieran ser requeridos durante su sustanciación.

De ello, dan cuenta los propios debates parlamentarios mantenidos al momento de sancionar la ley, como así también las distintas opiniones doctrinarias y precedentes jurisprudenciales analizados en los apartados anteriores.

En ese sentido, cabe recordar lo referido durante la discusión parlamentaria por el Senador de la provincia de Catamarca —Sr. Villarroel—, quien adujo que *se trataba de un procedimiento abreviado, en donde se producía una sentencia condenatoria sobre la base de prueba de la instrucción y de la llamada admisión por parte el imputado, que no resultaba de ninguna manera un juicio*. En aquella ocasión, el legislador asimismo sostuvo que *las posibilidades de la defensa se encontraban sumamente restringidas y, por ende, menoscabadas las garantías de la Constitución que exigen juicio previo a una condena* (cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 29ª Reunión de la 10ª Sesión Ordinaria en donde se dio tratamiento a la orden del día nro. 301 de fecha 21 de mayo de 1997).

Además, mientras se encontraba en vigencia la ley 24.826 se advierte que el criterio de las distintas Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en líneas generales, es conteste en señalar que: "(…) la complejidad de la prueba que debe producirse en aras de acreditar la materialidad del ilícito y la responsabilidad que le cupo al encausado, tornan inaplicable el trámite previsto en el art. 353 *bis* del CPPN (…)".

Por último, en ese punto también resultaron coincidentes las distintas posturas doctrinales, las que manifestaron que, a una mayor complejidad de la prueba, deriva en la *inaplicabilidad del instituto de la instrucción sumarial*.

Habrá de tenerse en cuenta, que en lo referente a la proposición de diligencias probatorias el art. 353 *bis* —según ley 24.826— establecía que, *en el caso de proceder*, la investigación habría de estar directamente a cargo del agente fiscal, contando el imputado con la posibilidad de poder presentarse ante el fiscal con su abogado defensor, aún por escrito, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, pudieran ser útiles. Asimismo, la instrucción del proceso, no podría superar un plazo superior a los quince días.

Por otro lado, es posible afirmar que las modificaciones introducidas por la ley 27.272 condicionan aún más la posibilidad de introducir prueba en este tipo de procedimientos. Ello, al verse ampliado el rango de delitos comprendidos y reducido los plazos de concreción de las audiencias multipropósito.

Que si bien, en orden a la producción de prueba, la normativa precitada incorpora al cuerpo legal el art. 353 *quáter*, a través del cual específicamente se prevé que *el fiscal solicitará al juez la realización de todas las pruebas que se estimen pertinentes para completar la instrucción y que aún no se hubieren producido*.

Estableciendo además que, para los casos en que fuera indispensable para el correcto ejercicio del derecho de defensa, esta *podrá solicitar las medidas de prueba que considere pertinentes,* debiendo ser resueltas por el juez en forma oral, inmediata y de manera fundada todas las cuestiones introducidas *en la audiencia oral inicial de flagrancia*.

Lo cierto, es que en la práctica se hace evidente que el agregado de elementos probatorios adicionales, parece excluir la utilización del procedimiento de instrucción sumarial previsto en el art. 353 *bis* del Cód. Proc. Penal, según los términos que prescribe la ley 27.272.

Dicha situación, se reitera, se ve reflejada en los antecedentes de jurisprudencia traídos a estudio y, en los que —en mayor o menor medida— se señala que el trámite de instrucción sumarial supone una colecta probatoria sencilla*, en tanto que, si se vislumbra una actividad investigativa compleja, el sistema deberá reportar al régimen común.*

Al respecto, colíjase que el procedimiento de instrucción *especial* fue creado para delitos en los que la *flagrancia* hacía presumir que la investigación sería escueta, en virtud de lo trivial que se suponía sería la recolección de evidencia y como resultante de haberse sorprendido al autor en "flagrante comisión del ilícito".

Sin embargo, es posible concluir que fueron precisamente aquellas reformas efectuadas a través del nuevo régimen (ley 27.272) las que, en definitiva, terminaron por *alterar la esencia del instituto* contenido el art. 353 *bis*, esto es, el concepto de *sencillez*.

Dado que, al ampliarse la cantidad de delitos alcanzados por dichas reglas, permitiendo que su aplicación se hiciera extensiva también a todos los hechos dolosos en los que se verificasen las circunstancias del art. 285 y cuya pena máxima no supere los quince [15] años de prisión o veinte [20] años de prisión en los supuestos del art. 119, cuarto párr., y del art. 166, penúltimo párr., del Cód. Penal. Se advierte, que quedan así incluidos en el procedimiento, hechos ilícitos cuya complejidad resulta ajena a la naturaleza original del principio que regía para el proceso de instrucción sumarial en el Cód. Proc. Penal (simplicidad).

Por lo tanto, resultaría lógico deducir que, frente a hechos delictivos más complejos, se torna ineludible entonces realizar un mayor número de diligencias tendientes a corroborar las circunstancias en que estos acaecieron. Como así también, que tales medidas de prueba podrían resultar de una naturaleza más compleja (ej. pericias, ruedas de reconocimiento, testimoniales, registros de llamadas telefónicas o transcripción de mensajes de textos o correos electrónicos), prolongándose —en consecuencia— los tiempos en los que se debe resolver la situación de los inculpados.

En idéntico sentido, cabe referirse a la reducción de los plazos procesales que fueron incorporados con la modificación del art. 353 ter del CPPN

Para ello, habrá de recordarse que, durante la vigencia de la ley 24.826, cuando una persona era sorprendida en *flagrante comisión de un delito de acción pública* y, el juez consideraba que *no procedía la prisión preventiva*, se podía dar curso al *procedimiento de instrucción sumarial*, disponiéndose la *inmediata liberación* del encartado (la que se hacía efectiva desde Comisaría o desde la Secretaría del Juzgado); quedando la investigación directamente a cargo del agente fiscal.

Que, durante el lapso de 15 días el representante del Ministerio Público Fiscal estaba en condiciones de llevar adelante las diligencias probatorias que estimara correspondientes con el objeto de constatar la producción del hecho endilgado y la responsabilidad del imputado. Ello, con el debido control de la defensa, la cual, a su vez, podía sugerir asimismo la realización de distintas medidas de prueba.

Resulta oportuno destacar, que el imputado transitaba a lo largo del procedimiento en libertad, pudiendo presentarse ante la Fiscalía dentro del plazo fijado por la norma.

Así, una vez vencidos los términos, el Sr. Fiscal remitía en devolución las actuaciones al Juzgado, solicitando la elevación a juicio del expediente o, en su defecto, requería el sobreseimiento del encartado.

Sin embargo, con la sanción del nuevo procedimiento para los casos de flagrancia (ley 27.272), de acuerdo a lo normado por el art. 353 *ter* del CPPN, al momento de la aprehensión, si el Fiscal declara que corresponde someter el caso al trámite de instrucción sumarial, el detenido será trasladado ante el juez a fin de participar de una *audiencia oral inicial de flagrancia* dentro de las veinticuatro [24] horas de la detención, prorrogable por otras veinticuatro [24] horas.

Al respecto, habrá de advertirse lo *exiguo* del lapso otorgado a la defensa para realizar una evaluación de la situación en la que se encuentra el imputado, todo lo cual, podría conculcar una lesión al derecho de defensa en juicio, en tanto, dificulta la preparación en tiempo y forma de una estrategia defensista. Ello, en detrimento de garantías constitucionales acordadas, más precisamente, aquella que refiere que el Estado debe garantizar al inculpado el tiempo y medios adecuados para preparar su defensa (art. 8.2, inc. "c" de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En otro orden, resta mencionar que la etapa de instrucción en un proceso penal tiene por objeto "comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad" (cfr. inc. 1° del art. 193 del Cód. Proc. Penal) y que, si bien los delitos en los que la flagrancia supone que la investigación será simple, lo cierto, es que este no deja de ser un procedimiento instructorio y, por ende, de recolección de datos o evidencias.

Así, el art. 199 del CPPN establece que: "Las partes podrán proponer diligencias (...)", mien-

tras que el art. 203 del mismo cuerpo legal, le acuerda a la defensa la posibilidad no solo de proponer medidas de prueba, sino también de observar y controlar las que se realicen, permitiendo "hacer las observaciones que estimen pertinentes o pedir que se haga constar cualquier irregularidad".

Al respecto, opiniones doctrinales sostienen que la regla es la aceptación del pedido de producción de prueba efectuado por la parte y, por el contrario, constituiría la excepción, su rechazo por impertinencia o irrelevancia (cfr. CLARÍA OLMEDO, Jorge, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, t. VI, p. 92).

En torno a este punto, Alejandro Carrió refiere que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos pronunciamientos ha ido perfilando el contenido de la garantía de la defensa en juicio *en sentido genérico*, entendiendo que toda persona sometida a un proceso tiene derecho a ser oída, de conocer los cargos en su contra, como así también de presentar y producir pruebas en su favor (CSJN, Fallos 121:285; 128:417; 183:296, 193:408; 198:467).

Y agrega el autor, que el Máximo Tribunal sostuvo en numerosas ocasiones que la garantía de la defensa en juicio abarca no solo la posibilidad de ser oído, sino la de producir prueba y controlar las que puedan producirse (cfr. CARRIÓ, Alejandro, "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", Ed. Hammurabi - José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2008, 5ª ed. actualizada y ampliada, ps. 117/121).

En la misma línea, Julio B. Maier señala que se encuentra incluido en el principio de contradicción el derecho de probar y el de controlar la prueba del adversario. Más precisamente, expresa que es el control de la prueba del oponente la representación manifiesta del contradictorio, como así también que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir una imputación de que se es objeto, o aminorar sus consecuencias, es una manifestación imprescindible de la posibilidad de oponerse a la persecución penal.

Además, hace alusión a que el procedimiento judicial es un método para conocer la verdad. Por tal motivo, para que el perseguido penalmente tenga las mismas posibilidades de influir sobre la reconstrucción histórica de la imputación que su acusador le formula, se le debe reconocer (a él y a su defensor), la facultad de: a) controlar la prueba que valorará el Tribunal en la sentencia, b) producir prueba de descargo, c) efectuar una valoración de la prueba producida y e) realizar una valoración jurídica del comportamiento que el debate reconstruye. (cfr. MAIER, Julio "Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos", Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2004, t. I, ps. 577/590).

En otro orden, Alberto Binder destaca que de ningún modo ni en ningún caso, la simplificación del proceso puede significar la depreciación de las garantías judiciales (cfr. BINDER, Alberto M., "Introducción al Derecho Procesal Penal", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, 2ª ed. actualizada y ampliada, p. 274).

Entonces, es posible inferir que las modificaciones introducidas al procedimiento a través de la sanción de la ley 27.272, más precisamente, la ampliación del espectro de los delitos comprendidos y la reducción de los plazos en los cuales se llevarán a cabo las audiencias multipropósito, *han acrecentado las limitaciones* que primigeniamente ya tenía el proceso de instrucción sumarial, en lo referente a la posibilidad de incorporación de elementos de prueba adicionales por parte de las defensas durante su sustanciación.

Y, en consecuencia, dichas restricciones se podrían traducir en la afectación al ejercicio de la legítima defensa —principio contenido en el art. 18 de la CN—, ya que, por un lado, disminuyen las posibilidades de "producir prueba y controlar las que puedan producirse". Mientras que, por otro, reduce significativamente el tiempo de preparación de una estrategia de defensa.

En definitiva, las circunstancias descriptas, aunadas a las dificultades instrumentales y logísticas a las que —en torno a la implementación de la ley 27.272—, aludieran tanto las autoridades de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal (ref. resolución administrativa 16/2016 —Expte. SG 2471/2016—), como así también de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correc-

cional de La Plata (cfr. resolución 233/2016), podrían ser algunas de las razones por las cuales *ha ido mermando en la actualidad* en el ámbito de la CABA, la utilización del procedimiento de *instrucción sumarial* previsto en el art. 353 *bis* y ccdtes. del Cód. Proc. Penal.

Situación esta, que ha sido puesta en evidencia por las propias autoridades de Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, quienes en los autos "Dogliotti, Brian Darío s/nulidad. Flagrancia" (Causa nro. 31775/17/6) y respecto de los procedimientos de instrucción sumarial señalaron que: "(…) que tras más de seis meses de la entrada en vigencia de la norma, hoy pueden analizarse sus disposiciones de un modo más preciso. La experiencia muestra que su aplicación ha ido decreciendo considerablemente, a tal punto que hoy pareciera ser la excepción (…)".

Como así también, se ve reflejado en las estadísticas emanadas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, de las cuales surge que —a poco más de un año de la implementación de la reforma— se verificó una importante disminución en la aplicación del procedimiento de flagrancia por parte de los operadores del sistema, contabilizándose en el primer relevamiento un total de 215 casos ingresados (1° turno diciembre del año 2016), cantidad que se redujo hasta caer en el último relevamiento a tan solo 59 casos (2° turno diciembre del año 2017) (cfr. *5° Informe Anual de Monitoreo y Evaluación de la Implementación del Procedimiento de Flagrancia*. Unidad de Asistencia para la Reforma Procesal Penal "Resolución 2016-919-E-Apn-Mj" MJyDH, CABA, enero de 2018).

VI. Bibliografía y enlaces

D'ALBORA, Franciso "Código Procesal Penal. Anotado. Comentado. Concordado. Tomo II". Ed. Abeledo Perrot - Lexis Nexis Argentina SA, Buenos Aires, 2005.

NAVARRO, Guillermo Rafael - DARAY, Roberto Raúl, "Código Procesal Penal. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi - José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2016, 5ª ed. actualizada y ampliada, t. 2.

CARRIÓ, Alejandro. "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", Ed. Hammurabi - José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2008, 5ª ed. actualizada y ampliada.

CLARÍA OLMEDO, Jorge. "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, t. VI.

ALMEYRA, Miguel (dir.) - BÁEZ, Julio César (coord.), "Código Procesal Penal. Comentado y Anotado", La Ley, Buenos Aires, 2007, 1ª ed., t. III.

ABALOS, Raúl Washington, "Código Procesal Penal. Comentado Anotado Concordado", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2007, t. III-A, arts. 334/431 *bis*.

BINDER, Alberto M., "Introducción al Derecho Procesal Penal", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, 2ª ed. actualizada y ampliada.

MAIER, Julio, "Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos", Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2004, t. I.

Centro de Información Judicial (CIJ) del Poder Judicial de la Nación (www.cij.gov.ar).

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (www.jus.gob.ar).

Procuración Penitenciaria Federal (www.ppn.gov.ar).

Jurisprudencia Sistema informático Lex 100 de CSJN.

Confesiones a puerta cerrada: reflexiones sobre el caso Durst

Yanina Di Blasio (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. Sobre las autoincriminaciones capturadas en la intimidad.— IV. La prueba del cuerpo del delito.— V. Conclusiones.

"...tu franqueza puede evitar catástrofes; cuando conozcamos nuestros monstruos..."
Jean-Paul SARTRE

I. Introducción

Hacia fines de año 2021 cobró notoriedad el proceso del millonario estadounidense Robert Durst, quien fue declarado culpable de homicidio en primer grado por un jurado de Los Ángeles y luego sentenciado a prisión perpetua, tras haber confesado el hecho **(1)**. Lo inquietante del caso es que la supuesta confesión, piedra basal de su condena, se produjo durante el rodaje de un documental sobre su vida, concretamente en momentos en que Durst se encontraba en el baño del estudio de televisión, solo y con el micrófono aún encendido, murmurando *What the hell did I do? Killed them all, of course* (¿Qué demonios hice? Los maté a todos, por supuesto).

Algún periódico vernáculo se hizo eco del caso señalando que Durst "confesó sin darse cuenta" **(2)**, pero ¿es ello posible? ¿Acaso, la garantía de la defensa en juicio no exige toda una serie de recaudos para tornar válida una confesión? Y, aún así, ¿puede ella por si sola habilitar una condena?

Intentaré despejar esos interrogantes a lo largo del presente trabajo, con especial énfasis en la jurisprudencia de la Corte estadounidense y sin perder de vista la problemática del cuerpo del delito. También aprovecharé la oportunidad para efectuar algunas comparaciones con nuestro sistema. Pero, antes de comenzar, es preciso que describa ciertos detalles del caso y, por supuesto, del proceso.

Cualquier parecido con la ficción no es pura coincidencia.

II. El caso

Principiaré señalando que, mucho antes de que el jurado —compuesto por nueve mujeres y tres hombres— lo declarara culpable, el acaudalado empresario, dedicado al rubro inmobiliario, de setenta y ocho años de edad; no gozaba, ni por asomo, de la gracia de los medios, pues se lo vinculaba con la muerte de tres personas, entre ellas, su esposa, Kathie Mc Cormack Durst, quien desapareció misteriosamente en el año 1982.

Sin embargo, el hecho puntual por el que fue responsabilizado en el proceso que hoy nos con-

(*) Abogada especialista en derecho penal Universidad de Buenos Aires. Miembro titular del Instituto de Derecho Procesal Penal del Colegio de Abogados de Capital Federal y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

(1) Varios medios se hicieron eco del caso, como puede advertirse de la lectura de las siguientes notas periodísticas: https://aljazeera.com/news/2021/9/18/us-real-estate-heir-robert-durst-convicted-murder-susan-berman, https://www.foxnews.com/us/robert-durst-murder-trial-lawyer-prosecutors-closing-arguments y https://www.theguardian.com/us-news/2021/sep/10/murder-trial-robert-durst.

(2) https://www.infobae.com/america/eeuu/2021/10/14/sentenciaron-al-millonario-robert-durst-a-cadena-perpetua-retrato-de-un-narcisista-que-se-creia-por-encima-de-la-ley/

voca, fue el homicidio de su mejor amiga Susan Berman, quien murió a causa de un disparo en la parte posterior de su cabeza, en el año 2000, es decir, hace más de veinte años **(3)**.

Así es, en efecto, pues, por el año 2015, en momentos en que estaba por emitirse el último capítulo del documental "The Jinx: The life and Deaths of Robert Durst" **(4)**, relativo a la biografía de Durst, se produjo su detención a raíz de las desafortunadas murmuraciones producidas en el baño del estudio de televisión y algunos otros indicios, a los que inmediatamente me referiré.

Durante una de las entrevistas, los productores del documental le preguntaron a Durst acerca de la nota anónima que alguien envió a la policía informando acerca de la existencia del cuerpo de Berman, a lo que este respondió que solo el homicida pudo haberla escrito. Luego, los productores compararon esa carta con otra que Durst había enviado a Berman un año antes y advirtieron que la letra era idéntica y que en ambos casos Beverly Hills estaba erróneamente escrito "Beverley".

En el transcurso del juicio, Durst reconoció haber enviado una nota a la policía para que encontraran el cuerpo de Berman y a la vez evitar que lo consideraran sospechoso de un homicidio que él no había cometido.

Por otra parte, se probó que, en los últimos tiempos, Durst le entregó a Berman cincuenta mil dólares. Según la defensa, ello obedeció a los problemas financieros que acusaba esta última; pero los fiscales consideraron que ella lo estaba chantajeando con inculparlo. Básicamente, la acusación sostuvo que Durst mató a su amiga para evitar que esta lo denunciara por el homicidio de su esposa. Ello así, por cuanto Berman habría dicho a sus allegados que le había proporcionado a Durst una coartada para evitar que lo incriminaran por la muerte de su esposa, Kathie.

Conviene puntualizar que esta no fue la primera vez que Durst enfrentó un proceso penal pues en el año 2003 fue absuelto por el homicidio de su vecino Morris Black, ocurrido en Galveston, Texas, a quien Durst declaró haber matado de modo accidental y luego haberlo desmembrado y arrojado al mar, porque tenía miedo de que lo acusaran de homicidio doloso.

Ocurre, que la acusación se valió de evidencia incorporada en aquel proceso, donde, repito, resultó absuelto, para emplearla en favor de su teoría del caso, al sostener que Durst mató a Black por haberlo reconocido en momentos en que se había producido la desaparición de su esposa. Además, el fiscal no se privó de exhibir al jurado fotos del cuerpo desmembrado de Black.

También se incorporó el testimonio brindado en el año 2017 por un amigo común de Durst y su esposa, quien dijo que este último reconoció haberla matado bajo los siguientes términos: *It was her or me. I had no choice* (Era ella o yo. No tuve elección). Frase que el acusador se ocupó de repetir una infinidad de veces durante el juicio. Ello, a pesar de que el testigo, de 72 años de edad, aseveró ser un mentiroso profesional en función de su profesión como director publicitario y, a la vez, tener una estrecha relación de negocios con uno de los hermanos del acusado —Douglas— quien tenía una muy mala relación con Durst.

Durante su alegato de cierre, el fiscal John Lewin calificó a Durst de "narcisista psicópata" y edificó su acusación sobre la base de las manifestaciones efectuadas por él en el baño; sus declaraciones durante el juicio, la evidencia obtenida del proceso sustanciado por la muerte de Black; las declaraciones vertidas en 2017 por ese testigo tan particular y el contenido del documental "The Jinx".

A su turno, la defensa, liderada por el abogado Dick DeGuerin, retrató a Durst, cómo un hombre viejo, enfermo e indefenso, demonizado por la fiscalía para cubrir la falta de evidencia. Desde luego, les pidió a los jurados que no se dejaran influenciar por las terribles imágenes del cuerpo desmembrado que la acusación les había exhibido al solo fin de que aborrecieran a Durst; a la vez que sostuvo que el tribunal no

(3) En el estado de California, los los delitos penados con pena de muerte o prisión perpetua son imprescriptibles (art. 799 (a) del Código Penal de ese estado).

(4) El sustantivo jinx significa quien trae mala suerte, pudiéndoselo asimilar al término "yeta" de nuestro lunfardo.

debió haber permitido a los jurados que vieran el documental "The Jinx".

Seguidamente, el defensor explicó que no era posible reprochar al jurado que odiara a Durst, quien, por cierto, acusaba ciertos problemas mentales, pero el hecho que pudiera ser calificado como un mentiroso no lo transformaba en un homicida. Sucede, según el defensor, que los fiscales no lograron acreditar que Durst mató a Berman, ni cómo, cuándo, ni dónde se produjo el homicidio de su esposa, si es que el mismo se produjo, pues su cuerpo jamás fue encontrado y nadie resultó acusado por un delito conectado a su desaparición; con lo que se echaba por tierra la tesis según la cual Durst había dado muerte a Berman para evitar que lo incriminara por el homicidio de su cónyuge.

Cuadra referir que el juicio, que comenzó en marzo de 2020, debió suspenderse por el término de catorce meses, con motivo de la pandemia originada por el COVID-19, hasta que el día 17 de septiembre de 2021 el jurado emitió su veredicto condenatorio.

Tampoco debiera pasar desapercibido que, luego de haberse leído el veredicto, el fiscal dijo a los medios que, gracias a la forma en que los productores del documental condujeron las entrevistas, pudo llegarse a esa instancia.

Por su parte, la defensa solicitó que se llevara a cabo un nuevo debate, en el entendimiento que Durst se vio impedido de acceder al *fair trial,* por inexistencia de evidencia suficiente para probar que él mató a Susan Berman y, menos aún, para corroborar que tuvo algo que ver con el presunto homicidio de su esposa. También señaló que no se permitió a la defensa incorporar las pruebas que acreditaban que la esposa de Durst había sido vista en la ciudad de New York. Y, entre otras cosas, cuestionó que se enviara a casa a los jurados y se suspendiera el juicio por más de catorce meses, por tratarse de una dilación sin precedentes.

El juez, Mark Windham rechazó el pedido de la defensa, en tanto, según su parecer, la acusación presentó gran cantidad de evidencia contra Durst, habiendo acreditado su culpabilidad más allá de toda duda razonable en, al menos, cinco formas, incluyendo varias admisiones que este efectuó durante el juicio. Por supuesto, la defensa hizo reserva de apelar ante la corte correspondiente.

Si bien Durst nunca fue imputado por la muerte de su esposa, hacia fines del año 2021, un fiscal de New York —lugar del domicilio conyugal— se disponía a presentar cargos por ese hecho, tomando como punto de partida la condena por el homicidio de Susan Berman.

El 10 de enero de 2022 Robert Durst falleció en un hospital penitenciario estatal de Stockton, California.

III. Sobre las autoincriminaciones capturadas en la intimidad

Según lo enseña Carrara, una confesión "legítima" debe ser precedida de la prueba de la materialidad del delito; ser brindada ante el juez competente; materializarse después del interrogatorio y no de forma espontánea; provenir de una persona inteligente y libre; ser realizada de manera principal y no incidentalmente; recaer sobre cosas posibles; ser inequívoca, constante y no revocada **(5)**.

En consonancia con ello, Cafferata Nores sostiene que la confesión "[d]ebe prestarse con el propósito de confesar" **(6)**, lo que excluye el caso de quien, "por ser privado del consejo de su defensor, estando incomunicado, confiesa por error sobre sus derechos o sobre el alcance de su reconocimiento de culpabilidad" **(7)**.

Huelga recordar que en el proceso penal romano regía el principio del valor no decisivo de la confesión que, en el decir de Ferrajoli, evidenciaba a los principios de la inderogabilidad del juicio y de la indisponibilidad de las situaciones penales. Principios claramente ajenos a la tradición acusatoria anglosajona, en cuyo marco la admisión de la culpabilidad autoriza la conde-

(5) Citado por FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 683.

(6) CAFFERATA NORES, José I., "La prueba en el proceso penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 171.

(7) Ibidem.

na **(8)**, razón por la cual, en Estados Unidos la confesión puede ser incorporada como evidencia si es voluntariamente otorgada. Consecuentemente con ello, antes de su inclusión en el juicio y sin la presencia del jurado, el juez debe tratar cualquier planteo que ponga en crisis esa voluntariedad (18 U.S. Code § 3501).

La norma exige que se analicen las circunstancias bajo las cuales la confesión fue otorgada, a saber: 1) el tiempo transcurrido entre el arresto y la notificación de los cargos, debiéndose determinar si la confesión fue emitida durante ese lapso; 2) si el imputado conocía la naturaleza de la infracción contenida en la imputación o, por lo menos, en la sospecha hacia él dirigida, al tiempo de confesar; 3) si el imputado fue informado acerca de su derecho a permanecer en silencio y si se le hizo saber que cualquier declaración que realizara podía ser empleada en su contra; 4) si se le informó acerca de su derecho a contar con un abogado y 5) si fue asistido por un letrado al momento de confesar. A su vez, la presencia de cualquiera de estos recaudos no necesita ser concluyente para determinar la ausencia de voluntariedad.

Hasta el más ligero observador puede advertir que, hasta este punto, el precepto responde a las exigencias del difundido caso Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966), en la medida que se orienta a evitar la incorporación como evidencia de las confesiones obtenidas bajo cualquier clase de coacción, trátese de torturas (*third degree*) o de sometimiento psicológico, así como aquellas brindadas sin cabal conocimiento del derecho a abstenerse a declarar y a contar con la efectiva asistencia de un abogado.

Sin embargo, resta un último inc., el que más interesa a los fines de este trabajo, se trata del inc. d), según el cual una confesión brindada voluntariamente por una persona a otra, sin interrogatorio previo, en cualquier momento, mientras esta no se encuentre bajo arresto, puede ser admitida como evidencia. Se trata de casos especiales que merecen un abordaje diferente pues no existe, en puridad, una confesión, motivo por el cual, conviene aclarar que la garantía constitucional en juego es la que protege la intimidad de las personas contra los avances arbitrarios del poder público, normada en la cuarta enmienda **(9)**.

Para comprender mejor esta cuestión, basta recordar que la declaración del imputado se nutre del conocimiento íntegro, preciso y circunstanciado del hecho, pues "nadie puede defenderse de algo que no conoce" **(10)**, a lo que se añade la exigencia de notificar al imputado acerca de su derecho a guardar silencio y a contar con la asistencia de un defensor. Por cierto, en nuestro ámbito, la declaración indagatoria puede tornarse nula si no respeta esos recaudos.

Entonces, calificar como confesión a una simple manifestación vertida en la intimidad es absurdo, se trata de un material que no debe ser admitido en el proceso: acciones privadas de los hombres que no trasgreden norma alguna y que, por tanto, se encuentran exentas de la autoridad de los magistrados. Nótese, salvando las distancias, que la actuación del agente provocador se encuentra fuertemente debatida en la medida que implica un accionar ilícito del Estado, tendiente a provocar una confesión por fuera del ámbito de protección de las garantías que hacen al debido proceso.

Convengamos que quien le cuenta a un tercero que cometió un delito o lo manifiesta mientras habla solo en un baño, no puede prever que sus dichos llegarán a oídos de la policía o la justicia, ni tampoco que podrán ser empleados en su contra. Se trata de un suceso que carece de todo valor probatorio, simples palabras que se las lleva el viento **(11)**.

(8) FERRAJOLI, Luigi, ob. cit.

(9) Palabras más, palabras menos, la cuarta enmienda prescribe la inviolabilidad del derecho de los habitantes a estar seguros en sus personas, papeles y efectos; contra investigaciones irrazonables y registros; y que ninguna orden judicial se expedirá a dichos efectos, salvo que la misma responda a una causa probable, se encuentre sostenida por testimonios juramentados y describa particularmente el lugar, las personas o las cosas que deban ser registradas.

(10) MAIER, Julio B. J. "Derecho Procesal Penal", Fundamentos, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 559.

(11) Ello, por supuesto, no significa que las fuerzas policiales deban quedarse de brazos cruzados ante una denuncia efectuada por quien se enteró, en un ámbito privado, de un hecho delictivo cometido por otro, o ante las manifestaciones de quien se encuentra bajo arresto, pues

Sin embargo, no es menos cierto que la posición de la Corte Suprema estadounidense ha sido un tanto zigzagueante en torno a esta materia. Veamos porqué.

A inicios de la década de los sesenta, el máximo tribunal estadounidense sostuvo que la cuarta enmienda protege personas, no lugares, motivo por el cual, lo que alguien pretenda resguardar privadamente, aún en lugares accesibles al público, amerita dicha protección constitucional (Ríos v. United States, 364 U.S. 253, 1960) mientras que lo que exponga voluntariamente al público, aún dentro de su propio hogar o su lugar de trabajo, no se encuentra amparado bajo la protección constitucional (Lewis v. United States, 385 U.S. 206, 1966).

Hacia finales de los sesenta, nos encontramos con la doctrina del caso Katz v. United States, 389 U.S: 347 (1967), específicamente el test delineado por la concurrencia del Juez Harlan según el cual, primero debe demostrarse que la persona exhibe una expectativa real (subjetiva) de privacidad y, de inmediato, que esa expectativa puede ser reconocida por la sociedad como "razonable". Conviene recordar que en este caso se trataba de determinar si las llamadas realizadas desde una cabina telefónica ubicada en la vía pública, contaban bajo el amparo de la cuarta enmienda.

Desde esta perspectiva, bien puede afirmarse que quien ingresa a un baño y cierra la puerta tras él, asume que cualquier cosa que diga no será expuesta al mundo. Y en el caso Durst es indiscutible que tanto el encendido como el apagado de los micrófonos de un estudio televisivo corren por cuenta de los técnicos y no de los invitados, quienes no necesariamente tienen conocimientos acerca de su funcionamiento y bien pueden suponer que una vez culminada la entrevista se apagan.

En la década de los setenta, la Corte dio vida a la doctrina del tercero (*the third party doctrine*), construida sobre los casos United States v. Miller, 425 U.S. 435 (1976) y Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979), conforme la cual, los individuos no pueden abrigar expectativas legítimas de privacidad en relación a la información que suministren voluntariamente a terceros. El primer caso, trataba sobre la revelación de actividad financiera suministrada al gobierno por el banco en el cual operaba un hombre acusado de evasión impositiva y, el segundo, se vinculaba con el registro —sin orden judicial— producido en las instalaciones de la compañía telefónica a fin de obtener los números telefónicos discados por una persona acusada de robo.

Brennan-Marquez explica que, de seguirse los postulados de esta doctrina, debiera colegirse que la cuarta enmienda protege a los individuos contra el accionar irregular de las fuerzas de seguridad, pero no contra la actividad privada de los otros **(12)**, pero bien pudiera ocurrir que quien reciba la información se encuentre obligado a resguardar los intereses de quien la ventile, como ocurre en la relación médico paciente (Ferguson v. City of Charleston, 532 U.S., 2001) **(13)**, en la vinculación entre los huéspedes y los empleados de los hoteles (United States v. Jeffers, 342 U.S., 1951 y Stoner v. California, 376 U.S., 1964) **(14)** y en la conexión entre los usuarios y los buscadores de internet que, justamente, como bien lo señala este autor, presupone como condición previa para la obtención de un servicio social valioso, el acceso a la información privada del cliente **(15)**.

Desde ese mismo mirador, en su concurrencia en el caso United States v. Jones 565 US (2012), la jueza Sotomayor acertadamente sostuvo que es necesario reconsiderar la premisa según la cual una persona no tiene expectativas razonables de privacidad respecto a la información suministrada voluntariamente a terceros, especialmente en la era digital, en la que exponemos grandes dosis de información privada a otros, mientras realizamos tareas mundanas, como por ejemplo, proporcionar los teléfonos

sin dudas, se encuentran obligadas a tomar las medidas necesarias —previa comunicación al juez y fiscal de turno— para evitar que el delito continúe ejecutándose y auxiliar a las víctimas, si las hubiera. Pero esas manifestaciones no pueden ser empleadas en contra del imputado, ni menos aún fundar una condena.

(12) BRENNAN-MARQUEZ, Kiel, "Fourth Amendment Fiduciaries", Fordham Law Review, año 2015, vol. 84, p. 623.

(13) Ibidem, p. 628.

(14) Ibidem, p. 630.

(15) Ibidem, p. 659.

con los cuales nos comunicamos y las búsquedas que realizamos en la web a nuestras compañías proveedoras, así como nuestros correos electrónicos a los proveedores de internet, etc. Se comprende, entonces, que la doctrina del tercero, más allá que no aplica a nuestro caso por el simple hecho que Durst hablaba consigo mismo, no pudiendo prever que pudiera ser escuchado por otros, luce un tanto anacrónica, especialmente de cara a los avances tecnológicos de nuestra sociedad.

Situada en esa misma línea de pensamiento, hace escasos cuatro años, en el caso Carpenter v. United States, 585 U.S. (2018), la Corte sostuvo que la obtención de información relativa a las ubicaciones históricas de una persona, a través de las antenas de su compañía de teléfono celular y con una orden juicial no fundada en causa probable, viola la cuarta enmienda. En este caso, el mandato judicial se sustentaba en una norma que permitía obtener esa clase de información a condición de que fuera relevante para una investigación criminal en curso. Sin embargo, la corte dijo que el gobierno vulneró las razonables expectativas de privacidad de Carpenter en relación a todos sus movimientos, y que no se trataba de un caso de emergencia que pudiera echar por tierra la exigencia de una orden judicial debidamente fundada, como podía serlo un caso de amenaza de bomba o de secuestro de niños.

Desde luego, conviene traer al cruce la disidencia del juez Wilson en el caso People v. Díaz de la Corte de Apelaciones de New York (2019). Aquí, la mayoría sostuvo que una persona privada de su libertad no puede alegar expectativas razonables de privacidad en relación a sus conversaciones telefónicas, en la medida que haya sido informada previamente que las mismas serán monitoreadas. Ocurrió que, mientras Díaz estuvo detenido a la espera de juicio, sus llamadas fueron grabadas y estas grabaciones fueron luego remitidas al fiscal de su caso, quien las empleó en su contra.

Se encuentra fuera de toda discusión, según lo explica el juez Wilson, que Díaz no tenía una expectativa razonable de privacidad en relación a sus conversaciones telefónicas, pues sabía que serían monitoreadas por razones de seguridad, pero él no consintió que fueran puestas a disposición de la fiscalía, por lo que debió haber sido notificado expresamente acerca de dicha posibilidad. Conforme lo precisa el magistrado, la cuarta enmienda garantiza el derecho de la ciudadanía a estar segura en su persona, casa, papeles y efectos, y ajena a intromisiones arbitrarias de las agencias gubernamentales, y ello exige una orden fundada en causa probable o, bien, el consentimiento previo de quien está bajo sospecha.

Con más razón, en este caso, ¿acaso Durst consintió que se grabara todo lo que él dijera por fuera de las entrevistas? Y, más específicamente, ¿él autorizó que las grabaciones capturadas en el baño fueran expuestas al público o puestas en conocimiento de las autoridades? Sospecho que ambas respuestas son furiosamente negativas.

IV. La prueba del cuerpo del delito

No debiera abrigarse la más mínima duda en cuanto a que la confesión del acusado es insuficiente para destruir su estado de inocencia porque "[l]a base del procedimiento en materia penal es la comprobación de la existencia de un hecho o de una omisión que la ley reputa delito o falta. De ahí la necesidad de legislar con minucioso cuidado sobre todo lo que pueda conducir a la justificación del cuerpo del delito" **(16)**, que debe probarse en la forma que determinan las normas procesales y, en su defecto, por prueba de cualquier otra clase, siempre y cuando se respeten las limitaciones específicas de cada medio de prueba. Sobre la base de estas apreciaciones, hace más de setenta años, el juez Frías Caballero sostuvo que la prueba de la confesión no es legalmente idónea para acreditar la existencia del delito **(17)**.

Los memoriosos se acordarán del famoso ejemplo del profesor Zygmunt Bauman, en el que un hombre que había cometido un homicidio castigado con prisión perpetua, se presentaba a la puerta de la prisión a purgar su pena y el director de la prisión le respondía, aproximada-

(16) Del mensaje de Manuel Obarrio al Ministro de Justicia, Instrucción y Culto doctor Eduardo Wilde, explicando las bases del proyecto de Código Procesal Penal, citado por DIAZ, Clemente, "El cuerpo del delito", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 13.

(17) Ibidem, p. 110.

mente, "aunque usted sea culpable, no lo puedo privar de su libertad sin que exista una sentencia emitida por un tribunal que así lo declare y, por ende, un proceso previo que otorgue fundamento a esa condena". Más claro, imposible.

Es por este motivo que el art. 235 del Código de Obarrio establecía que "la confesión del procesado no eximirá al juez de practicar las diligencias prescriptas en este título con el mismo celo y actividad que en los demás casos". A su vez, esa confesión debía respetar las condiciones prescriptas en el art. 316 del mismo cuerpo legal, entre las que se encontraba la exigencia de que la comisión del delito se encontrase legalmente comprobada y que la confesión concordase con sus circunstancias y accidentes (inc. 7°).

En este nivel del análisis conviene traer a la memoria uno de los casos más emblemáticos de la jurisprudencia argentina, el caso Occhiuto. Allá, por los años cincuenta, este seductor italiano habría mantenido relaciones sentimentales con una joven a quien habría obligado a realizarse un aborto. Más tarde, según trascendió, habría extorsionado a la madre con divulgar cartas de su hija, si no tenía contacto sexual con él. Ello motivó que los padres de la jovencita ofrecieran una suma de dinero a quien le diera una buena paliza al italiano. Pero, ocurre que la paliza se transformó en un homicidio, del cual no quedaron rastros, pues el cuerpo fue incinerado y los restos terminaron en la basura.

Durante las primeras declaraciones, el autor del hecho reconoció haberle dado muerte a Occhiuto, pero en el transcurso del plenario se rectificó diciendo que declaró bajo coacción policial. El juez Castro Videla lo absolvió sosteniendo que "la confesión no prueba el delito, lo único que puede probar es que el procesado intervino en la comisión del mismo" y "[s]in que conste acabadamente el cuerpo del delito por medio de pruebas admitidas legalmente, el fallo condenatorio carecería de su imprescindible sustento" **(18)**.

La sentencia fue recurrida por el fiscal Cuneo Libarona quien señaló que "el derecho moderno no exige ya como durante el auge del sistema inquisitorial que el juez tenga a la vista el efecto material mismo del delito en toda su realidad intrínseca. Basta en el actual concepto, la estimativa con criterio racional de la perpetración delictuosa con tal que ella llegue al ánimo del juzgador en forma inequívoca y plena por los medios legales" **(19)**.

Más tarde, la Cámara terminó confirmando la sentencia por mayoría (Frías Caballero, Malbrán y Panelo) en el entendimiento que en el homicidio "el cuerpo del delito no está constituido por el cadáver, o por los instrumentos o los rastros, huellas o vestigios, etc. `sino por el hecho de que alguien haya sido muerto por obra de otro [...] esto es, la acción consumada de matar a un hombre con todos sus elementos: acción u omisión, nexo causal y resultado típico" **(20)** y que "es imperativo pues, que en forma previa y por medios legales independientes de la confesión, se halle probado el cuerpo del delito" **(21)**.

La Corte estadounidense se ha hecho cargo de la cuestión relativa al cuerpo del delito, al afirmar en Chambers v. Florida, 309 U.S. 227 (1940) que, en función de la inviolabilidad de la persona humana, el sistema acusatorio exige al gobierno que produzca evidencia contra el acusado de un modo independiente, en vez del cruel y simple acto de coaccionarlo para que se autoincrimine.

Más modernamente, en el caso State v. Robert H. (2019), la Corte Suprema de Connecticut sostuvo que la regla del cuerpo del delito implica el derecho fundamental del acusado a no ser condenado sin evidencia suficiente que permita establecer cada uno de los elementos esenciales de la acusación, más allá de toda duda razonable.

Por último, conviene señalar que, en el año 1982, se abrogó parcialmente una norma de la Constitución de California —estado en el cual se llevó a cabo el proceso contra Durst— que excluía como prueba del cuerpo del delito las admisiones extrajudiciales. Sin embargo, en los casos People v. Alvarez, (2002) y People v. Ruiz, (2020), el máximo tribunal californiano, sostu-

(18) Ibidem, ps. 101 y 102.

(19) Ibidem, p. 104

(20) Ibidem, p. 109.

(21) Ibidem, p. 110.

vo que toda condena reclama la existencia de prueba independiente, más allá de toda duda razonable y que la acusación no puede basarse exclusivamente en declaraciones extrajudiciales, confesiones o admisiones del acusado, criterio que, en el caso de Durst fue absolutamente ignorado, porque no logró acreditarse que fuera él quien diera muerte a Susan Berman.

V. Conclusiones

En el año 1944 se representó por primera vez una pieza teatral de Jean-Paul Sartre intitulada "A puerta cerrada"; la obra escenifica un infierno muy particular, ambientado en un cuarto de hotel en el que tres condenados son obligados a vivir por siempre juntos, con la luz permanentemente encendida y sin poder parpadear. Todos se encuentran sujetos a las miradas inquisitivas del resto, no pudiendo hacer otra cosa que observar y absorberse en la existencia de los demás. El infierno, bien lo señala Sartre, es el otro y, sin entrar en discusiones acerca de la responsabilidad que el existencialismo le atribuye a cada uno por sus actos, no debiéramos perder de vista que la imagen que los demás edifican sobre nosotros, puede condicionarnos aún más que nuestras propias acciones, especialmente en esta era digital caracterizada por una exposición sin precedentes de la vida privada.

Pues bien, el caso de Robert Durst se distingue precisamente por una exagerada puesta en escena en torno a su mala imagen y lo cierto es que la prueba de la que se valió la acusación, no solo no debió haber sido admitida por vulnerar el derecho a la intimidad sino que, además, tampoco era idónea para destruir el estado de inocencia de Durst, más allá de toda duda razonable.

Las manifestaciones vertidas por fuera del proceso penal, en espacios en los que existe una expectativa razonable de privacidad, carecen de todo valor probatorio y, como criteriosamente lo señala Foucault, "[e]n sentido estricto, solo hay confesión dentro de una relación de poder a la que aquella brinda oportunidad de ejercerse sobre quien confiesa" **(22)**.

Pero, aún tratándose de una confesión producida en el marco de un proceso penal, en el que se han resguardado todas las garantías de la persona bajo sospecha, el principio de inocencia exige a la acusación la obtención de evidencia de un modo independiente, pues es el Estado y no el propio acusado, quien tiene la carga de justificar el cuerpo del delito.

Podría pensarse que casos como el de Durst demuestran que las prácticas inquisitivas no han sido totalmente superadas, sin embargo, hace más de cuarenta años Foucault nos previno acerca de las trampas de los sistemas penales modernos en los que, aunque cueste creerlo, la confesión es decisiva por tres razones. La primera, vinculada con los fundamentos del derecho a castigar, en tanto, "cuando alguien ha cometido un crimen, es él mismo quien —a través de la ley a la que supuestamente ha dado su consentimiento o sostiene por su propia voluntad— se castiga" **(23)**. La segunda, relacionada con el régimen de verdad, porque en el sistema de la sana crítica racional "la cuestión ya no pasa por sumar fragmentos computables de verdad [refiere al sistema de prueba tasada], sino por producir una verdad que sea patente para todos —y en particular para los jueces y los jurados—, la confesión se convierte en la forma de prueba más buscada" **(24)**. La última razón se conecta con la doble función de la pena: castigo y corrección, pues "mediante el castigo se intenta conseguir que el sujeto se transforme respecto a la falta cometida y gracias al castigo sufrido" **(25)**. En función de ello, ya es tiempo de que los sistemas modernos corran los focos que perezosamente se posan sobre la declaración del imputado; si él voluntariamente desea reconocer que cometió un delito, nadie puede impedírselo, pero lo que bajo ningún punto de vista puede aceptarse, es que el Estado pretenda conferirle el carácter de confesión a expresiones producidas en ámbitos privados.

(22) FOUCAULT, Michel, "Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia" (Curso de Lovaina, 1981), Siglo Veintiuno Editores, Traducido por Horacio Pons, Buenos Aires, 2014, p. 26.

(23) Ibidem, p. 225.

(24) Ibidem, p. 226.

(25) Ibidem, p. 227.

Los delitos fiscales en el proceso penal acusatorio mexicano

Franklin Martín Ruiz Gordillo (*)
Irving Arellano Regino (**)

Sumario: I. Delitos tributarios y salidas alternas.— II. Los derechos Humanos y la reforma penal tributaria en México.— III. El proceso penal tributario.— IV. Ley Federal en Materia de Delincuencia Organizada.— V. Adiciones al Código Fiscal de la Federación.— VI. Ley de Seguridad Nacional.— VII. Adiciones al Código Penal Federal.— VIII. Conclusión.— IX. Bibliografía.— X. Legislación.

Para el correcto funcionamiento de una sociedad debemos tomar en cuenta el rol que le ha sido asignado a cada miembro de la misma, el Estado como eje rector debe velar por que cada quien asuma las responsabilidades que le corresponden conforme a sus actividades, sin embargo, resulta imposible que sea el Estado quien este al pendiente de que todos cumplan con sus obligaciones, por ello es que se decidió implementar una serie de mecanismos para prevenir y sancionar cualquier fuga de capital que deba ser reportada a la autoridad. La base de esto se encuentra en el correcto funcionamiento de la sociedad, pues solo así podremos observar que el Estado cumpla con sus fines y objetos para los cuales fue creado, ello en virtud que, requiere recursos económicos para brindar servicios educativos, culturales, de limpieza, drenaje, alcantarillado, seguridad pública, impartición de justicia, entre otros.

Los delitos fiscales son aquellos hechos ilícitos que se encuentran contenidos tanto en el Código Penal Federal, así como en leyes especiales como son el Código Fiscal de la Federación, Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, Ley de Seguridad Nacional y algunas otras leyes de carácter administrativo. Entonces los delitos fiscales forman parte de una clasificación que se le llama derecho penal fiscal, o derecho penal administrativo. Ahora, dentro de este tipo de delitos debemos tomar en consideración que estos forman parte de un grupo de delitos denominados como derecho penal económico, dentro de esta clasificación tendríamos bursátiles, aduanero, fiscales, todo relacionado con el aspecto económico, es una parte fundamental que hay que tomar en consideración.

La parte de los delitos fiscales es una sub especialización del derecho penal por lo que hace a su contenido, por los elementos normativos que implica cada delito, por lo que se requiere de una valoración normativa para poder darle significado a los elementos del tipo penal de cada norma, como sería el caso de recurrir a leyes extra penales tales como la Ley de Comercio Exterior, Ley General de Aduanas, entre otras, que podrán apoyarnos a comprender a lo que se refirió el legislador al momento de tipificar una conducta como ilícita en este aspecto.

Los principales delitos fiscales son el contrabando, la defraudación fiscal, así como los de-

(*) Magíster en Derecho Constitucional y Amparo (Universidad Autónoma de Chiapas). Magíster en Juicios Orales (Instituto Profesional Educativo del Sureste), Magíster en Internacional en Prevención de Blanqueo de dinero, Fraude Fiscal y Compliance. (Universidad deSantiago de Compostela).

(**) Licenciado en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Derecho Penal. Universidad Nacional Autónoma de México. Maestría en Derecho Procesal Penal. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal.

litos equiparables de ambas figuras típicas, así como la facturación falsa, tipos penales que podemos encontrar en el Código Fiscal de la Federación.

Cabe mencionar que la materia fiscal no es un tema del que podamos hablar a la ligera y mucho menos tratándose de los delitos que se contemplan en los ordenamientos a los que haremos referencia, esto es, si comparamos otros delitos que son sencillos de comprender por el tipo de resultado y afectación que causan, tales como un homicidio o unas lesiones, en donde cualquier persona, sin poseer los conocimientos jurídicos sabe reconocer y apreciar que estamos ante la perdida de una vida o ante la afectación/disminución de la salud en una persona, pues derivado de una conducta consistente en un hacer o no hacer se produjo un resultado en el mundo fáctico y que a todas luces podríamos observar que dicho comportamiento es contrario a la ley, situación muy diferente cuando nos encontramos por ejemplo en un delito de contrabando, al presentar un pedimento de importación es altamente complejo que cualquier persona sepa si el mismo se realizó correctamente conforme a la normativa adecuada, si se pagaron los impuestos correspondientes, ello en virtud que se debe realizar una valoración de corte técnico para interpretar un hecho para saber si es contrabando u otra conducta. La complejidad de los delitos fiscales versa en conocer el significado del hecho y clasificarlo con los conocimientos de otras ramas como lo son en derecho mercantil, comercio exterior, derecho penal, derecho aduanero, administración, finanzas, entre otros. Los delitos fiscales por ello se vuelven onerosos, debido a la intervención de los diversos profesionistas que deben involucrarse para una buena defensa.

Por un lado tenemos que de por sí la materia es un tanto compleja por las cuestiones que hemos comentado en líneas anteriores, a ello adicionemos la reforma penal fiscal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 2019, realizando por parte del legislador diversos decretos en materia tributaria, mismos que entraron en vigor el 1 de enero del 2020, a través de los cuales se reformó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley de Seguridad Nacional, Código Fiscal de la Federación y el Código Penal Federal, para principalmente establecer un tratamiento de excepción al derecho penal. En ese sentido cabria citar la siguiente premisa *se denomina Derecho al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción... y la coacción más intensa es la del Derecho penal. En consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo* **(1)**. Es evidente que el tratamiento a los delitos fiscales con dicha reforma es conforme lo señala Jacobs, un derecho penal del enemigo, por que como lo afirma Rousseau **(2)** cualquier "malhechor" que ataque el "derecho social" deja de ser "miembro" del Estado, puesto que se halla en guerra con este, señalando que al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano. De lo anterior que es necesario que podamos abordar algunas cuestiones relativas a la exposición de motivos de la reforma tributaria, pues da la apariencia que más que una política de seguridad nacional es una política de castigo que atenta contra derechos humanos, incluso apartándose del marco constitucional.

Son varios los motivos que originan esta drástica medida, por un lado tenemos el supuesto combate al crimen organizado, para prevenir y erradicar este tipo de conductas que tanto afectan al tejido social, y por otro, evitar el enriquecimiento por parte de algunos contribuyentes, a costa de evadir impuestos y contribuciones; ante tal situación, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 2019 diversos decretos en materia tributaria, entrando en vigor el 1 de enero del 2020, reformándose la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley de Seguridad Nacional, Código Fiscal de la Federación y el Código Penal Federal; posiblemente el lector se pregunte ¿realmente es necesario un art. para abordar esta problemática? O ¿Cuál es en sí la problemática?, acaso ¿no es deber de todos los ciudadanos mexicanos contribuir de manera equitativa y proporcional al

(1) JAKOBS, Günther, "Derecho Penal del Enemigo", Thomson Civitas. Madrid, España, 2003, p. 25.

(2) ROSSEAU, "Staat and gesellschaft 'Contrat social'", traducido y comentado por WEIGEND, 1959, p. 33 (libro Segundo, capítulo V).

gasto público?; esas y otras preguntas serán tratadas a lo largo de este trabajo, para que se pueda comprender el alcance de esta reforma

I. Delitos tributarios y salidas alternas

En primer momento cabe hacer mención, que nuestra Constitución Mexicana, establece una serie de principios que deben regir el sistema penal, para ello el art. 20 en su apart. a, fracción primera señala que el objeto del proceso penal es el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, y hago hincapié en esto último, pues efectivamente, uno de los objetos del proceso penal es la reparación del daño, resarcir el mal que ha ocasionado una persona con su conducta, misma que debe ser contraria a la norma (en este caso la norma fiscal o penal), con lo cual es claro, que la razón de ser de una investigación del orden criminal, así como el proceso que debe seguirse tiene como finalidad que se logre esta reparación del daño, por lo que si se satisface este requisito, la acción punitiva del Estado quedaría sin materia. Esta es la premisa que permitiría establecer que los delitos del orden fiscal pueden terminar con algún mecanismo alterno de solución de controversias para evitar saturar a los órganos jurisdiccionales, sin embargo, el legislador incluyo en este paquete de reformas al Código Nacional de Procedimientos Penales, justamente al art. 167, el cual establece que delitos ameritarán prisión preventiva oficiosa **(3)**, adicionando como delitos que ameritan este tratamiento cautelar a los delitos previstos en el Código Fiscal de la Federación, atendiendo al contrabando y su equiparable, defraudación fiscal y su equiparable, la expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, cuando las cifras superen 3 veces lo señalado en la fracción III del art. 108 del Código Fiscal de la Federación.

Por lo que respecta a los acuerdos reparatorios como salida alterna, el legislador adicionó lo previsto en el numeral 187 del Código del Enjuiciamiento Penal, una restricción, en virtud de que no proceden acuerdos reparatorios en las hipótesis de los delitos tributarios antes mencionados.

Ahora bien, por lo que hace a la suspensión condicional del proceso, el legislador adicionó un párrafo al art. 192 del Código Procesal, donde prohíbe que se pueda solicitar esta figura en los delitos de contrabando y su equiparable, defraudación fiscal y su equiparable, la expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, cuando las cifras superen 3 veces lo señalado en la fracción III del art. 108 del Código Fiscal de la Federación.

Por último, cabe destacar que los criterios de oportunidad no son procedentes conforme esta multicitada reforma, en materia de delitos fiscales; no obstante, para el caso de delitos fiscales y financieros, se debe contar con autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de la Procuraduría Fiscal de la Federación para que se pueda aplicar el supuesto de la fracción V, es decir, que el imputa-

(3) Su origen es el art. 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece: El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud. Que cabe destacar, que esta figura de prisión preventiva oficiosa es única de México, pues al estar contenida en una norma constitucional, hace que en el catálogo de delitos que aparecen en este art., el Juez de Control, sin necesidad de entrar a debate imponga como medida cautelar la prisión preventiva, lo cual es a todas luces inconvencional.

do aporte información fidedigna que coadyuve para la investigación y persecución del beneficiario final del mismo delito, tomando en consideración que será este último quien estará obligado a reparar el daño.

De lo anterior podemos señalar que, el propio legislador inobservo lo que se establece en el art. 17 Constitucional, en su párr. tercero, en relación a que las autoridades deben privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, siempre que esto no afecte la igualdad de partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, pues justamente este era el espíritu de la reforma penal de 2008 implementada en el Estado Mexicano, para evitar que todos los procedimientos llegarán a una etapa de juicio.

Es así como en la actualidad, en México, los delitos fiscales antes mencionados no cuentan con una figura que beneficie a los contribuyentes, dándoles un trato de verdaderos criminales al poner en riesgo la seguridad nacional, sin que se permita celebrar alguna salida anticipada, pero ¿acaso esto no es violatorio de Derechos Humanos?, podríamos comentarlo en el siguiente rubro.

II. Los Derechos Humanos y la reforma penal tributaria en México

Partimos de la base constitucional, en el art. 1°, en su párr. tercero, donde se reconoce el principio pro-persona, al establecer lo siguiente:

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

Pero ¿qué es este principio o que implicaciones tiene?, bien, se ha definido como *un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre* **(4)**. Por lo que las autoridades mexicanas están obligadas a observarlos por encima de cualquier otra cosa, entendemos a la libertad personal como un derecho humano que se encuentra reconocido en diferentes instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 7°, entendiendo a la libertad como una capacidad de las personas de hacer o no hacer todo aquello que la ley les permite y conforme a su libre albedrío, sin afectar la esfera jurídica de terceras personas.

Sin embargo, dicho derecho humano puede ser restringido, tal y como apreciamos en los numerales 30 y 32.2 de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde nos señala lo siguiente:

Art. 30. Alcances de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Art. 32. Correlación entre Deberes y Derechos

...

2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

De esta manera, partimos de la base que varios derechos permiten una restricción, sin embargo, para que sean válidas y puedan aplicarse

(4) PINTO, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de Hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos Humanos", en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

dichas restricciones deben estar contempladas en la ley, para otorgar una certeza jurídica evitando cualquier tipo de abuso por parte de la Autoridad. Es válido preguntarnos si el legislador ¿puede emitir leyes que restrinjan derechos? y por ese simple hecho tener validez, la respuesta sería no, ello en virtud de que existen directrices que debe seguir, tal y como se desprende de la tesis emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación **(5)**, señalando que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir derechos fundamentales y que estas sean válidas, deben satisfacer lo siguiente:

a) Admisibles dentro del ámbito constitucional. Es decir que el legislador ordinario solo podrá restringir el ejercicio de derechos fundamentales con objetivos que estén relacionados con la propia Constitución, no puede ir más allá de lo que establece nuestro máximo ordenamiento jurídico.

b) Necesarias. Para asegurar los fines de la restricción constitucional, deben ser idóneas para su realización, es decir, que lo que busca el legislador no se pueda alcanzar por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales.

c) Proporcionalidad. La medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, no se puede realizar a costa de una afectación desmedida e innecesaria a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

Tenemos que citar parte de la exposición de motivos de 22 de noviembre de 2018, publicada en la gaceta N° LXIV/1PPO-53/86523, la cual reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; de la Ley de Seguridad Nacional y del Código Nacional de Procedimientos Penales, elaborado por el Senador Alejandro Armenta Mier de la LXIV Legislatura del Congreso de la unión del Grupo Parlamentario del Partido Morena

La figura de la prisión preventiva oficiosa, debe estar siempre, aplicada para Delincuencia Organizada en delitos fiscales----------respecto del tema de prisión preventiva oficiosa para algunos delitos fiscales, se propone adicionar en el art. 5 de Ley de Seguridad Nacional los delitos fiscales que por su relevancia y daño o perjuicio al Fisco federal afectan las finanzas públicas del país y en consecuencia ponen en peligro su estabilidad o permanencia. En consecuencia a la reforma de la Ley de Seguridad Nacional, se adiciona al catálogo del art. 167 de Código Nacional de Procedimientos Penales, a la defraudación fiscal y a la defraudación fiscal equiparada como delitos que ameriten prisión preventiva oficiosa, exclusivamente, cuando dichas conductas sean calificadas por el art. 108 y su punibilidad esté prevista en la fracción 111 de ese mismo art.. En lo correspondiente al contrabando y su asimilado, solo ameritarán prisión preventiva oficiosa, cuando la punibilidad esté contemplada en las fracciones 11 o 111 del art. 104 del Código Fiscal de la Federación. Las contribuciones son una de las columnas fundamentales para la permanencia y equilibrio del Estado Mexicano. Las omisiones en las contribuciones derivadas de delitos fiscales calificados hasta determinados montos en el Código Fiscal de la Federación deben ser perseguidos como delitos graves por atentar contra el sano principio de contribuir para que el Estado Mexicano sea no solo viable, sino que encuentre un equilibrio en sus funciones esenciales **(6)**.

Del texto anterior, así como de las consideraciones previas, podemos advertir que el legislador no justifico de manera correcta la imposición de medidas tan drásticas a esta reforma, que como hemos apuntado, estamos ante un derecho penal del enemigo, lo cual podría advertirse violatorio de derechos humanos, pues dicha reforma es inconstitucional, desproporcionada y regresiva, por ser restrictiva a la libertad personal, entendiéndose que dicha

(5) Jurisprudencia con número de registro 160267 titulada Restricciones a los derechos fundamentales, elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas.

(6) https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwicssrZs5H2AhUKkWoFHe8sCogQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Flegislacion.scjn.gob.mx%2FBuscador%2FPaginas%2FAbrirDocProcLeg.aspx%3Fq%3D9kasjIjnGyd4TgPCcahnJu4pfyMzBgbGRlM0zp7HSaIePrDy2exQQNxply1NL6yMUKPBgve46yJnAUcPIzxg3frZvhj3t7BreHMgaPomZr%2FCd7yMH7VD1ZqtLfgm3YoNYS3yALrCR%2BVcGjWj7I4ad3bNAwrWP7lAJcm2BHwLdtc%3D&usg=AOvVaw20EQ8xtnRZtV8Q24KxbwTX fuente consultada el 21 de febrero 2022.

reforma no se apega a los principios de admisibilidad, necesidad y proporcionalidad, pues de manera arbitraria y con una deficiencia legislativa, se amplió el catálogo de delitos que ameritan la imposición oficiosa de esta medida cautelar. Basta con que observemos la base constitucional, refiriéndonos al art. 19, el cual contiene el catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa, en donde hasta la fecha en que se redacta el presente, no vemos contemplados ni incluidos los delitos fiscales, como son contrabando y su equiparable, defraudación fiscal y su equiparable, o la expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.

Lo anterior encuentra sustento en la viabilidad de reforma, sin embargo, es una cuestión peligrosa conforme al actuar del propio legislador, en atención que la reformabilidad resulta más sencilla para ordenamientos secundarios, como en este caso la ley procesal, que un proceso de reforma a nivel constitucional; recordando que Nuestra Constitución es de corte rígido, es decir, para poder realizar una reforma a nivel constitucional se debe pasar por todo un proceso, la votación en las Cámaras del Congreso debe ser mayoría y posteriormente aprobada por mayoría de las legislaturas en cada Entidad de la República, nos encontramos ante un exceso, porque de no ser así, se hubiera aprobado a nivel constitucional y no solo a rango de una ley secundaria, atenta contra la progresividad no solo de derechos humanos, sino también, contra el propio sistema penal acusatorio, en virtud de que no debería existir una figura como lo es la oficiosidad en la prisión preventiva; sin embargo, cada día vemos como son más los delitos que se suman a este "catálogo", aproximándonos a lo que vivíamos en el sistema tradicional, donde la regla era imponer prisión preventiva a los delitos que se cometían, saturando el sistema penitenciario y restringiendo el derecho a la libertad a diestra y siniestra. Ello solamente nos permite establecer que la reforma tributaria penal impacta en un detrimento en la esfera de derechos de los contribuyentes, quienes son sumamente importantes en la base de la economía mexicana, tanto personas físicas como personas morales, por lo que ante sede Judicial deberán ser analizadas y excluidas de su aplicación las adiciones a la norma en comento, por el tipo de categorías sospechosas que contienen en las mismas.

Ahora bien, toca comentar respecto al proceso en sí de cómo se integran los delitos que tienen que ver con la cuestión fiscal-penal, por lo que procederemos a exponer el siguiente rubro.

III. El proceso penal tributario

En México, el sistema penal se rige por el Código Nacional de Procedimientos Penales desde el 5 de marzo de 2014, fecha en la que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, en su numeral 211 nos establece que se rige por tres etapas, la investigación inicial, la etapa intermedia y la de juicio, por lo menos las dos primeras se subdividen en fases, por ejemplo la investigación se subdivide en inicial y complementaria, mientras que la intermedia se subdivide en fase escrita y fase oral, siendo este el momento donde se depuran medios de prueba y se prepara para el juicio, concluyendo con el auto de apertura a juicio, entendiendo al proceso como aquel que da inicio con la audiencia inicial y concluye con sentencia firme. Lo anterior es básicamente como se concibe un proceso penal ordinario, y que es aplicable para cualquier investigación, sin embargo, en la cuestión tributaria existen requisitos de procedibilidad que deben cumplirse para que pueda prosperar la acción penal por parte del Ministerio Público.

Remitiéndonos al Código Fiscal de la Federación, en su numeral 92 establece que en los procedimientos penales la víctima u ofendida de estos hechos será la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien puede actuar mediante sus abogados hacendarios, quienes fungirán en su papel de asesores jurídicos, así como se enmarca el requisito de procedibilidad, que es indispensable para que pueda continuar la investigación de estos delitos, para ello es necesario que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público realice su querella ante el Ministerio Público, es decir, ponga de conocimiento a la Autoridad Investigadora que se ha cometido un hecho delictivo en su contra, y el mismo ha causado un detrimento patrimonial en agravio del Fisco Federal, así como que emita su declaratoria de quebranto respectiva en caso de contrabando de mercancías por las que no deban pagar impuestos y requieran permiso de auto-

ridad competente, o de mercancías de tráfico prohibido.

La única figura que opera en favor de los contribuyentes que incurran en alguna posible conducta delictiva sería el sobreseimiento para el contrabando equiparado, defraudación fiscal y su equiparable, así como las conductas previstas en los arts. 110, 111, 112, 114, todos del Código Fiscal de la Federación, es el sobreseimiento, el cual únicamente puede ser solicitado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuando los imputados paguen las contribuciones originadas por los hechos que se imputan, las sanciones y los recargos respectivos, o bien los créditos fiscales queden garantizados a satisfacción de dicha entidad. Dicha facultad es discrecional y se puede realizar hasta antes de que se formulen alegatos de clausura, es decir, hasta antes de que el Tribunal de Enjuiciamiento durante la etapa de juicio oral escuche los alegatos finales, antes de deliberar y proceder al dictado de sentencia.

Los delitos que ameritan declaratoria de perjuicio son el contrabando y su equiparado, así como a quien se apodere de mercancías que se encuentren en un recinto fiscal o fiscalizado. En este tipo de hechos cuando el daño sea cuantificable, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público realizará la cuantificación correspondiente en la propia querella o declaratoria, dicha cuantificación solo surte efectos para el procedimiento penal, observando que para el caso de que el imputado pueda obtener su libertad debe exhibir una garantía que cubra la suma de la cuantificación antes mencionada y contribuciones adeudadas, incluyendo actualización y recargos que determine la autoridad fiscal hasta la fecha en la que se promueva la libertad provisional.

Dicha garantía no sustituye a la del interés fiscal, que aquí debemos hacer un breve paréntesis, para destacar, como el legislador continúa reformando artículos procesales pero no ajusta el Código Fiscal de la Federación en este aspecto, esto es, con lo que se ha expuesto de la reforma tributaria queda claro que no opera ningún beneficio en favor del contribuyente y que la medida cautelar a imponer será siempre la prisión preventiva oficiosa, sin embargo, si adecuamos lo señalado en el art. 92 del Código Fiscal, a nuestro ordenamiento procesal se podría debatir la medida cautelar a imponer, pues el propio Código por el que se rige la materia penal-fiscal establece que es posible que el imputado obtenga su libertad durante el debate de medida cautelar al exhibir una garantía que cubra toda la cuantificación que realiza la autoridad fiscal. Esto apoya nuestra postura, respecto a que se trata de una materia especial el derecho fiscal penal, que ha sido diseñado para vulnerar derechos humanos de los contribuyentes, en atención de que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la Primera Sala emitió un criterio con número de registro 2022160 **(7)** en octubre de 2020, ello porque el Máximo Tribunal señala que no deben utilizarse las medidas cautelares como mecanismos para anticipar la pena, y la garantía económica debe verse como una medida que amplía el abanico de posibilidades para quienes tengan la capacidad financiera, puedan ofertar y asegurar sus obligaciones procesales, pero dejaría a quienes no puedan solventarla en prisión preventiva, traduciéndose en que la pobreza se castiga en México con medidas punitivas indirectas, y en sentido inverso significaría que la libertad se puede comprar. Lo anterior resulta en una discriminación de la condición económica y social, vulnerando de nueva cuenta el art. 1 Constitucional.

Así también, se señala en el penúltimo párr. del art. 92 del Código Fiscal que se consideran mercancías los productos, artículos, efectos y cualesquier otros bienes, aun cuando las leyes los consideren inalienables e irreductibles a propiedad particular, por lo que no operaría, como opera en materia civil, que los enseres personales y aquellos indispensables para vivir, pues en materia fiscal lo que busca el Estado es que se le retribuya todo lo que el contribuyente ha dejado de declararle y con ello le ha causado algún quebranto patrimonial al Fisco Federal.

Es urgente que se dé una reforma integra en materia tributaria, ya que existen numerales innecesarios, o reiterativos, como es el caso del art. 93 del ordenamiento fiscal en comento, pues es de explorado derecho que los delitos

(7) garantía económica. La imposibilidad material de ofrecerla no justifica la imposición de la prisión preventiva como medida referente.

que ameritan prisión preventiva oficiosa deben ser investigados por el Ministerio Público Federal con esa calidad, no obstante, dicho artículo establece que cuando una autoridad fiscal tenga conocimiento de la probable existencia de un delito fiscal y sea perseguible de oficio, de inmediato lo hará del conocimiento del Ministerio Público Federal para los efectos legales que procedan, aportándole las actuaciones y pruebas que se hubiere allegado.

Por último, abordaremos de manera genérica los artículos que fueron adicionados en esta reforma penal tributaria, tratando de explicar sus implicaciones jurídicas y alcances.

IV. Ley Federal en materia de delincuencia organizada

Según el art. 2° de esta ley, para que exista dicha figura, deben organizarse tres o más personas de hecho, para realizar en forma permanente o reiterada, conducta que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer cierto tipo de delitos, como lo son el terrorismo, falsificación de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, delitos en materia de autor, acopio y tráfico de armas, tráfico de personas, tráfico de órganos, delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, corrupción de personas menores de dieciocho años de edad, pornografía de menores de edad, turismo sexual contra menores de edad, lenocinio de personas menores, robo de vehículos, delitos en materia de trata de personas, delitos en materia de secuestro, en materia de hidrocarburos, así como aquellos contra el ambiente.

Sin embargo, la reforma aludida adicionó la fracción VIII, dando como resultado la inclusión del delito de Contrabando y su equiparable, es decir que la conducta consistente en introducir al país o extracción de mercancías será sancionado cuando se omita el pago total o parcial de contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse, que no se cuente con el permiso de la autoridad competente cuando así lo exija la ley, o cualquier importación o exportación prohibida, aunado a esto, si derivado de dichas conductas el monto de la omisión excede de $195,210.00 ciento noventa y cinco mil doscientos diez pesos mexicanos, algo equiparable a $15,000 dólares, se deberá formular declaratoria de perjuicio a través de los abogados hacendarios, ello en virtud que el ente público que funge como víctima u ofendida será la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Tal y como lo hemos venido señalando, de la exposición de motivos se advierte que se parte de la idea que estamos ante una política criminal en materia fiscal, la cual busca un equilibrio entre el combate al delincuente peligroso, no peligroso y a la recaudación. Por lo que la Secretaría de Hacienda a través de la Procuraduría Fiscal de la Federación, en un respeto de equilibrio entre el castigo que corresponde a la conducta y la recaudación, busca acceder de manera pronta a una reparación del daño causado por la omisión de las contribuciones, cuando estas deriven de una conducta criminal, por lo que, para lograr dicho equilibrio entre recaudar y castigar, se debe desarticular a delincuentes fiscales organizados, y solamente darse la oportunidad de acogerse al criterio de oportunidad previsto en el art. 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales, con la finalidad de que proporcionen información que permita desmembrar organizaciones criminales fiscales.

Dentro de las adiciones que tuvo esta ley, nos establece que se pueden perseguir el contrabando y su equiparable, la defraudación fiscal, así como su equiparable cuando rebase 3 veces lo señalado por la fracción III **(8)** del art. 108 del Código Fiscal de la Federación. Lo que se traduce que, aquel contribuyente que caiga en este supuesto será tratado con medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, dado que el art. 19 Constitucional establece que tratándose de delitos de delincuencia organizada ameritan prisión preventiva oficiosa.

Hay que destacar que para los delitos de contrabando y su equiparable, contemplados en los numerales 102 y 105 del Código Fiscal de la Federación, el legislador fue omiso en atender el criterio cuantitativo, lo cual permite que de un solo peso ($1) se puede cometer este ilícito, aplicando todo el rigor de la ley en contra de un gobernado, sea persona física o persona moral.

(8) Se establece que el monto de lo defraudado rebase $2,898,490.00 y con prisión de tres a nueve años (aproximadamente $145,000.00 USD).

V. Adiciones al Código Fiscal de la Federación

El art. 105 del Código Fiscal de la Federación señala a los equiparables del delito de contrabando, estableciendo diversas hipótesis, por ejemplo la relacionada con marbetes, precintos o envases que contengan bebidas alcohólicas, así como su importación, mercancías extranjeras de tráfico prohibido, vehículos en franquicia destinados a permanecer definitivamente en franja o región fronteriza del país, enajenar, comerciar o adquirir sin autorización vehículos importados en franquicia, entre otros supuestos que contempla la norma. La adición al Código Fiscal de la Federación estriba en el art. 113 *bis* de este ordenamiento Fiscal, en el sentido de que hay una sanción de dos a nueve años de prisión al que por sí o por interpósita persona expida, enajene, compre o adquiera comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, lo que coloquialmente conocemos como emisión de facturas falsas; así también se sanciona a la persona que conociendo esta circunstancia permita o publique por cualquier medio anuncios para la adquisición o enajenación de comprobantes fiscales falsos o actos jurídicos simulados, se requiere querella por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para proceder por este delito, aunado a que se puede perseguir de manera simultánea este ilícito en conjunto con operaciones con recursos de procedencia ilícita.

VI. Ley de Seguridad Nacional

Esta ley fue creada el 31 de enero de 2005, con la finalidad de sentar las bases de integración y de acción de manera coordinada con las Instituciones y autoridades encargadas de preservar la Seguridad Nacional, en sus respectivos ámbitos de competencia; así como, la forma y los términos en las que las autoridades de las entidades federativas y los municipios colaborarán con la Federación. Esta ley nos establece que se entiende como Seguridad Nacional las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, estableciendo seis fines, los cuales procedo a citar a continuación:

1. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país;

2. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio;

3. El mantenimiento del orden constitucional y fortalecimiento de las instituciones democráticas del gobierno;

4. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el art. 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

5. La defensa legítima del Estado Mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional, y

6. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes.

Lo que se adicionó con la reforma fiscal fue el art. 5° de este ordenamiento, respecto a que se entiende como una amenaza a la Seguridad Nacional, siendo la fracción XIII la que define actos ilícitos en contra del fisco federal a los que hace referencia el art. 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales. Esto lo podríamos considerar un error, pues de lo que hemos expuesto resulta claro que los delitos de evasión fiscal no deben ser considerados un obstáculo para la protección de la nación mexicana frente a riesgos o amenazas que eventualmente se enfrenten. No podríamos pensar de un ataque a la independencia o a la soberanía nacional; así como tampoco hay una afectación al orden constitucional, o bien, que resulta en el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno, así como de las otras hipótesis que menciona el legislador; quien por cierto, con esta adición olvido que la Seguridad Nacional, al igual que toda ley debe regirse por principios de legalidad, responsabilidad y respeto a los derechos fundamentales de protección a las personas. Únicamente observamos como resulta una reforma regresiva y opresiva que vulnera los derechos humanos de los gobernados.

VII. Adiciones al Código Penal Federal

En su art. 11 *bis*, se abre la puerta para que se pueda imponer una o varias consecuencias jurídicas a las personas morales, es decir a las empresas, respecto de los delitos que se encuentren contemplados en el Código Fiscal de la Federación, el delito previsto por el art. 113 *bis*, es decir, sobre el tema de facturación falsa, y recordemos que a su vez se podría investigar operaciones con recursos de procedencia ilícita.

VIII. Conclusión

¿Una reforma tributaria en materia penal realmente era necesaria?, abro mi conclusión con esta pregunta, en atención que, no solamente vemos una falta de técnica legislativa, sino que además un uso excesivo del *ius puniendi,* ¿no era suficiente con que se adicionara el catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa en el art. 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales?, ¿cuál es la finalidad real de incluir delitos fiscales en ordenamientos como la Ley Federal contra Delincuencia Organizada o la Ley de Seguridad Nacional?, realmente la política criminal ha rebasado nuestros estándares violentando y vulnerando derechos humanos, tan es así, que el propio legislador no planteó esta reforma a nivel constitucional, pues sabe que se generaría mucho debate en el país, y opto por incluirla solamente en leyes secundarias. Si partimos de la base que el derecho penal solamente debe ser utilizado como *ultima ratio,* al ser de aplicación excepcional, en conjunto de que el objeto del proceso penal es que se obtenga una reparación del daño, ¿Por qué ensañarse con el contribuyente?, generando categorías de delincuentes peligrosos y no peligrosos en materia fiscal con este tipo de criterios, es como si habláramos de un derecho penal de autor y no de acto. Solamente nos queda aguardar conforme a los criterios de nuestro más Alto Tribunal, para saber si comparten la misma opinión que se intenta plasmar en este artículo.

IX. Bibliografía

JAKOBS, Günther, "Derecho Penal del Enemigo", Thomson Civitas. Madrid, España, 2003, p. 25.

OLEA PELÁEZ, Víctor y RIQUELME GALLARDO, Francisco, (coords.), "La reforma penal fiscal comentada", Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021.

ONTIVEROS ALONSO, Miguel, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

PÉREZ DAZA, Alfonso, "Código Nacional de Procedimientos Penales", Tirant lo Blanch, México, 2016.

PINTO, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de Hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos Humanos", en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

ROSSEAU, Jeans Jacob, "Staat and gesellschaft 'Contrat social'", traducido y comentado por WEIGEND, 1959.

X. Legislación

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Ley de Seguridad Nacional.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Fiscal de la Federación.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; de la Ley de Seguridad Nacional; y del Código Nacional de Procedimientos Penales de 22 de noviembre de 2018.

PENAL JUVENIL

Doctrina

Del abreviado al jurado: ¿un jaque mate al principio de especialidad de la justicia juvenil?

Martiniano Terragni (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los deberes de prestación y los derechos de libertad.— III. El marco normativo internacional.— IV. Los hitos (in)visibles.— V. A modo de conclusión.

I. Introducción

Argentina efectuó una relevante cantidad de reformas legislativas al proceso penal nacional y federal que la ha encaminado desde hace muchos años hacia el sistema acusatorio **(1)**. Por su parte también el derecho público provincial que regula los alcances de la justicia penal juvenil ha avanzado en los últimos veinticinco años en una senda de gradual y continuo acercamiento al derecho penal de adultos, por lo menos en su aspecto procesal **(2)**.

Este doble acercamiento —primero del proceso penal general al modelo adversarial y, segundo, del derecho penal juvenil al modelo de enjuiciamiento de adultos—, presenta diversas particularidades que, a la luz del principio de especialidad de la justicia juvenil, deben ser especialmente valoradas, tanto en el plano legislativo como respecto de los tribunales encargados de su aplicación.

Para este análisis se utilizará nuevamente un marco conceptual que se estructura a partir del principio de especialidad en sentido amplio, tal como lo exige el derecho internacional de derechos humanos de la infancia **(3)**.

(*) Docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, integrante de la Cátedra de la Profesora Mary Beloff. Especialista y Magister en Derecho Penal (UBA).

(1) La ley N° 27.063 (BO. 10/12/2014) aprobó el Código Procesal Penal de la Nación. A su turno, la ley N° 27.150 (BO. 18/06/2015) dispuso que el Código Procesal Penal de la Nación entraría en vigencia "[e]n el ámbito de la Justicia Nacional, a partir del 1° de marzo de 2016", y "[e]n el ámbito de la Justicia Federal, de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación.". Más tarde el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 257/15 (BO. 29/12/2015) ordenó que "[e]l Código Procesal Penal de la Nación aprobado por la Ley N° 27.063 entrará en vigencia de conformidad con el cronograma de implementación progresiva que establezca la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación que funciona en el ámbito del Honorable Congreso de la Nación, previa consulta con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Consejo de la Magistratura de la Nación". Por su parte, mediante la ley N° 27.482 (BO. 7/01/2019) fueron aprobadas una serie de modificaciones al Código Procesal Penal de la Nación (ley N° 27.063), entre ellas su denominación como Código Procesal Penal Federal (CP.). Finalmente, el Decreto N° 118/19 (BO. 8/02/2019) aprobó el texto ordenado del Código Procesal Penal Federal (ley N° 27.063 y su modificatoria ley N° 27.482).

(2) Ver al respecto las conclusiones del Proyecto de Investigación UBACYT 2017/2020 dirigido por la Prof. Dra. Mary Beloff, "¿Más Derecho o más derechos?: la primacía de la reforma institucional y del orden público provincial en la garantía de los derechos de los adolescentes infractores de la ley penal?"

(3) En el más reciente pronunciamiento sobre la cuestión, el Comité de Derechos del Niño se expidió en este mismo sentido: "Sistema de justicia juvenil: la legislación, las normas y reglas, los procedimientos, los mecanismos y las disposiciones aplicables específicamente a los niños considerados infractores y a las instituciones y los órganos creados para ocuparse de ellos.", Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/24, Observación General núm. 24 (2019), relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, del párr. 8.

En efecto, en literatura el principio de especialidad tiene dos alcances: el restringido si su aplicación se limita a las normas sustantivas y procesales; y el amplio, que incluye además una organización judicial especializada solo abocada al juzgamiento de personas menores de edad (que cuente con el apoyo de equipos interdisciplinarios y la producción periódica de informes, amplios catálogos de medidas de justicia restaurativa **(4)**, la aplicación de sanciones no privativas de la libertad, la disposición de lugares específicos de alojamiento, etc.)

Dado que el *corpus juris* se inclina por una interpretación amplia, el presente comentario se orientará sobre ese pilar.

II. Los deberes de prestación y los derechos de libertad

Uno de los puntos centrales que pretende señalarse es que la justicia juvenil posee una organización judicial diferente a cualquier otro fuero penal. Así, la prevalencia de los derechos de prestación hacia los y las adolescentes por sobre sus derechos de libertad no cesa aun frente a imputaciones penales, respecto de las cuales también se activan las garantías que limitan la intervención del Estado sobre las personas **(5)**. Es decir que, durante el proceso penal juvenil coexisten las garantías penales clásicas con los deberes de prestación estatal **(6)**.

De ahí que la aparente ventaja que el acercamiento del proceso penal juvenil al proceso penal de adultos implicaría en términos de una aplicación más amplia de las reglas de garantía frente a la actividad clásica de los Tribunales de Menores se desdibuja, puesto que ya sea que se la evalúe desde el punto de vista conceptual o desde la perspectiva empírica, el resultado de tal situación ha consolidado una merma o directamente la pérdida de una respuesta penal diferenciada para las personas menores de edad.

En ese contexto, se han verificado contrapuntos entre el derecho interno y el derecho internacional, en relación con el interrogante acerca de cuál es el contenido de la justicia especializada.

La experiencia legislativa comparada provincial y regional presenta notas comunes, que podrían sintetizarse en lo siguiente: la justicia penal juvenil es un "subsistema" de la justicia penal, y sobre esa base, el legislador determina el alcance de la regla de diferencia con la justicia penal de adultos. El punto aquí a verificar es si el legislador al momento de regular el procedimiento de flagrancia, el juicio abreviado o el juicio por jurados consideró o dejó de lado la regla de la diferencia,

Esa diferencia se traduce en una reducción de la intervención estatal a partir, por ejemplo, en la ampliación de los supuestos de aplicación de mecanismos de justicia restaurativa **(7)**; de una mayor aplicación del principio de oportunidad y la remisión del caso **(8)**; en la consideración de una mayor exhaustividad y prudencia al momento de restringir la libertad **(9)** de una

(4) Ver en extenso, BELOFF, Mary, "Justicia restaurativa como justicia: garantías, protección especial y reparación del conflicto como base de la política criminal juvenil", RDP 2018-4, 707

(5) Otra variable del principio de especialidad en sentido amplio en el proceso penal juvenil se refleja en la intervención que asume el Estado no sólo respecto del adolescente, sino también de su familia y la comunidad. En la competencia y actividad de la justicia nacional de menores el abordaje interdisciplinario incluye de manera amplia los lazos del menor de edad acusado de cometer un delito con la familia y la comunidad

(6) Esta relación entre los derechos de libertad y los derechos de prestación y sus diferencias respecto de los acusados adultos se grafica de modo elocuente al observarse el dictado y contenido de la ejecución de las medidas de coerción personal que se dictan durante el proceso penal juvenil y las intervenciones interdisciplinarias coadyuvantes, entre otras cuestiones.

(7) Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40.1 y 40.4. Para el Comité de Derechos del Niño, ello se logra "aumentando la aplicación, en el caso de los niños, de medidas alternativas a los procesos de justicia formal y su orientación hacia programas eficaces.", Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 24, ya cit., párr. del párr. 6, c) ii).

(8) Reglas de Beijing, Regla 11.

(9) FREEDMAN, Diego y TERRAGNI, Martiniano, "Reflexiones sobre las nuevas reglas y principios internacionales y nacionales aplicables a la prisión preventiva de adolescentes", LA LEY 21/05/2020, 6.

adolescente o de un adolescente **(10)**; en la sustanciación de los actos procesales en tiempos más breves; etc.

Sin embargo, es notoria en la técnica legislativa nacional de la última década en particular, la incorporación de institutos procesales del proceso penal de adultos en el proceso penal juvenil. Ello resulta un dato de contexto creciente a nivel nacional, repetido con frecuencia en las nuevas leyes provinciales de justicia juvenil, que influye en consecuencia en la organización de la estructura judicial, en el rol de los actores procesales, y en definitiva, en la afectación del principio de especialidad en sentido amplio.

Sobre esta base, podría ponerse en crisis la extendida narrativa latinoamericana **(11)** acerca de que los niños y niñas tienen los mismos derechos que los adultos, más un indefinido e indeterminado *plus*, sino que desde la diferencia fenomenológica con los adultos las personas menores de edad tienen otros derechos y de mayor alcance, ya que satisfacen la garantía de debido proceso con la de protección especial **(12)**.

III. El marco normativo internacional

El derecho de las niñas y de los niños a su protección especial ha sido reconocido por la comunidad internacional desde los primeros instrumentos internacionales de derechos humanos **(13)**, en un proceso progresivo, a través de diferentes tratados y convenciones, hasta lograr su más amplia reglamentación con la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño **(14)**.

Este derecho a la protección especial se manifiesta en el proceso penal a través del llamado "principio de especialidad", que se manifiesta: a) en la aplicación de normas diferentes; y b) por órganos judiciales específicos **(15)**.

Las normas internacionales de protección de derechos del niño propusieron concretamente a partir de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (en adelante, Reglas de Beijing) **(16)** un sistema judicial específico para los niños en conflicto con la ley penal **(17)**. Estas Reglas recomendaron la organización de una justicia especializada y flexible para juzgar a las personas menores de dieciocho años con fundamento en el reconocimiento de la infancia como la etapa de la vida en la que las personas se encuentran en plena evolución intelectual y emocional, al no haber concluido su proceso de formación para la vida adulta.

---

(10) Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 37.b. En palabras del Comité, "En las pocas situaciones en las que la privación de libertad se justifique como último recurso, garantizando que se aplique únicamente a niños de mayor edad y esté estrictamente limitada en el tiempo y sujeta a revisión periódica,", Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 24, ya cit., párr. del párr. 6, c) v).

(11) En extenso, BELOFF, Mary, ¿Qué hacer con la justicia juvenil?, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.

(12) KIERSZENBAUM, Mariano, "¿Mismos derechos, más derechos o diferentes derechos?", del Capítulo II, Punto 1, segunda parte, de la tesis doctoral (pendiente de presentación ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires) titulada "Los límites de la intervención estatal sobre niños en función del derecho a la libertad", dirigida por la Prof. Dra. Mary Beloff.

(13) Beloff ha explicado la evolución del derecho de los niños a su protección especial en la normativa regional y universal, al señalar que: "[L]a Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada recién en 1989, veinte años después de la Convención Americana. Probablemente por esa razón el grado de desarrollo y consolidación que el derecho a la protección especial alcanza en el tratado universal supera todas las normas internacionales y regionales anteriores, pero ello no implica que recién con este instrumento se reconocieran derechos a los niños, tal como ligeramente se llegó´ a afirmar en alguna ocasión durante el proceso de adecuación legislativa [...], BELOFF, Mary, "El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano", Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 43.

(14) Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Sup. (Nº 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), aprobada el 20/11/89 y con entrada en vigencia el 2/9/1990; ratificada en la Argentina por la ley 23.849, sancionada el 27/09/90 y promulgada de hecho el 16/10/90.

(15) Ver entre muchos otros Fallos 331:2720, y Fallos 332:1457, de los considerando 5°, 6° y 7° del voto de jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Argibay.

(16) Proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33; con fecha de adopción el 29/11/85.

(17) Reglas de Beijing, Regla 2.2. y Regla 2.3.

Posteriormente otro instrumento del derecho internacional no convencional reguló medidas específicas para prevenir la delincuencia juvenil (las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, en adelante Directrices de Riad) **(18)**. En lo concerniente al principio de especialidad, este instrumento recomendó a los Estados Parte a "[p]romulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes [...]" **(19)**.

Finalmente la Convención sobre los Derechos del Niño recoge también el llamado principio de especialidad de la justicia penal juvenil al disponer que: "[L]os Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes" **(20)**.

Por otro lado, la Corte IDH **(21)** y el Comité de Derechos del Niño **(22)** han justificado el trato diferenciado a los niños y niñas en un proceso penal sobre la base de la singular condición fenomenológica de la infancia **(23)**.

La reseña normativa y jurisprudencial enunciada da cuenta de la inexorabilidad de que exista una respuesta estatal diferenciada (en lo material, en lo procesal y en lo organizacional) para el delito atribuido a las y los adolescentes penalmente responsables. Conforme a las Convenciones, Reglas y Directrices citadas es posible concluir que el principio de especialidad es una regla de garantía para el imputado y la imputada menor de edad penalmente responsable.

La intensidad de esta regla debe abarcar también a la organización judicial como una garantía derivada cuya función es asegurar la regla de garantía principal (la especialidad en el trato a los niños en el proceso penal). Además, por su preponderancia en el *corpus juris* de protección de derechos humanos de las niñas y los niños **(24)**, el Estado debe buscar el modo de organización judicial que mejor responda a esa regla y a los principios del derecho penal juvenil.

El principio de especialidad exige que los magistrados sean seleccionados en base a ciertas cualidades y experiencia y, a su vez, que sean sustancialmente capacitados para abordar los delitos imputados a las y los adolescentes **(25)**. Por ello la justicia juvenil requiere que determinadas características del procedimiento —y su correlato, la organización judicial— se adapten a las necesidades de las niñas y de los niños, al prever incluso condiciones más exigentes en materia de garantías procesales si se las com-

(18) Proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/112; con fecha de adopción el 14/12/90.

(19) Directrices de Riad, directriz 52.

(20) Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 40.3.

(21) "[E]s evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto [...] Es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento [...]", Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, del 28 de agosto de 2002, ver párr. 96 y 97.

(22) Reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el "[i]ntérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención [...]", Fallos 331:2047, del considerando 4° del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

(23) "[L]os niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables [...]", Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 24, ya cit., párr. 2.

(24) Tal expresión será utilizada con los alcances dados por el sistema interamericano de derechos humanos: "[T]anto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana [...]", Corte IDH, Caso "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala" (caso de los "Niños de la Calle"), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 194, entre otros.

(25) Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 24, ya cit., del párr. 112.

para con el régimen vigente para las personas adultas **(26)**, o medidas específicas, tales como la participación de un "adulto apropiado" **(27)**.

En el sistema regional de derechos humanos, la Corte IDH había formulado y sostenido esta interpretación del conjunto de estas normas de un modo más contundente, al sostener que las niñas y los niños a quienes se atribuya la comisión de delitos "deberán" quedar sujetos solo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los que interviene respecto de personas mayores **(28)**, al actuar la justicia juvenil como una "justicia separada" **(29)**.

IV. Los hitos (in)visibles

La afectación al principio de especialidad, tanto en su aspecto procesal como orgánico ya no puede sorprender a nadie. Es un proceso aluvional que se viene dando desde hace más de una década en la justicia nacional y federal, en la que a la par que se debate sobre la necesidad de consolidar al fuero especializado en justicia juvenil, se sucedieron sin controvertirse algunos hitos que se enunciarán, y que además de desdibujar al tratamiento diferenciado de niños, niñas y adolescentes a personas adultas, ponen en dudas la sostenilidad futura del fuero juvenil.

IV.1. La competencia de la justicia federal

La asignación de la competencia a la justicia federal para entender en la infracción cometidas por personas menores de edad a leyes federales. En especial, la consideración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Latrónico" al decidir que "[e]n la medida que se encuentre asegurado ese régimen especial [aplicable a los imputados menores de edad], pierde trascendencia en el plano internacional la organización interna de los tribunales, pues la aplicación de los principios en materia de menores no puede confundirse con la competencia, determinada esta última, por la forma de organización estatal surgida de la Constitución Nacional [...]" **(30)**.

Esta decisión del Máximo Tribunal, convalidada también con su integración actual **(31)**, justifica una lectura mucho más allá de la competencia de los tribunales **(32)**. Subyace la pregunta, si lo relevante al momento de decidir conforme a la protección especial, es solo el cuerpo normativo que se utilice, ¿para qué tener una infraestructura judicial especializada?

(26) "[S]e supone que los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos son sistemas especiales para niños pero en la práctica funcionan igual que los sistemas penales para adultos con excepción de las penas reducidas que se aplican y alguna opción adicional de solución procesal anticipada", BELOFF, Mary, "Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina", Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, Defensoría General de la Nación—La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 385.

(27) "Adulto apropiado: en situaciones en las que el padre o el tutor legal no está disponible para ayudar al niño, los Estados partes deben permitir que un adulto apropiado lo ayude. Un adulto apropiado puede ser una persona nombrada por el niño y/o por la autoridad competente.", Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 24, ya cit., del párr. 8.

(28) Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit. supra nota 37, párr. 109.

(29) Corte IDH, "Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela", Sentencia de 27 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 281, del párr. 163.

(30) Fallos 331:2720, del dictamen del Procurador General al cual se remitió el más Alto Tribunal con los votos de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Se expresó en el dictamen de la Procuración General que: "[E]n la medida en que cuenta con los medios necesarios a esos fines. Por otro lado, su limitada jurisdicción, no exime a sus magistrados de la obligación de aplicar la legislación específica que rige para los procesos en que son parte los menores de edad, que según doctrina de V.E. está conformada por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Fallos, 328:4343 consid. 34) y las leyes 22.278 y 26.061 [...]"

(31) CS, "H., A. O. s/ infracción ley 23.737", 24/06/2021, publicado en Fallos 344:1509, voto de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda y Lorenzetti.

(32) Ver TERRAGNI, Martiniano, "La justicia federal y el principio de justicia especializada: tensiones en la jurisprudencia", RDP 2009-5, 833.

IV.2. La sanción del Código Procesal Penal (ley 27.063)

La omisión de la regulación de un juicio especial en el Código Procesal Penal Federal **(33)**, más allá de una referencia genérica incorporada posteriormente en su art. 337 **(34)** facilita la pérdida del principio de especialidad al asimilar el proceso penal de un niño o niña al que se vería sometida una persona adulta. Sin perjuicio de ello, las exigencias procesales que deben ser aseguradas no responden a un modelo o sistema procesal determinado. En consecuencia, si bien la reforma hacia un modelo procesal acusatorio constituye un avance procesal que justifica en su relación con la justicia juvenil un marco específico, la falta de regulación del proceso penal juvenil erosiona al principio de especialidad, al provocar que el imputado menor de edad quede a la espera de la interpretación judicial de sus derechos y garantías especiales (los plazos procesales, el desistimiento de la acción penal pública, las causales de procedencia de la prisión preventiva, la regulación del juicio oral, etc.) **(35)**.

(33) Ver en extenso BELOFF, Mary, FREEDMAN, Diego y TERRAGNI, Martiniano, "La omisión del juicio de menores en la ley 27-063: ¿un paso más hacia la eliminación de la especialidad?", La Ley, Buenos Aires, 2015, vol. 2015-E.

(34) "Regla general. En los procesos seguidos contra personas menores de edad las normas de este Código serán de aplicación supletoria siempre que sean compatibles con los principios que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing-, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil -Directrices de Riad-. El proceso respetará los principios de culpabilidad y de especialidad. La privación de libertad se utilizará como último recurso y por el menor tiempo posible, y de conformidad con los límites fijados en las normas enunciadas en el párrafo anterior. Se privilegiarán las medidas alternativas al proceso."

(35) En extenso, BELOFF, Mary, "El modelo acusatorio latinoamericano y su impacto en la justicia Juvenil", Procesos especiales y técnicas de investigación, Santiago Martínez y Leonel González Postigo (dirs.), Editores del Sur, Buenos Aires, 2019.

IV.3 Las protecciones legales "cruzadas"

Tal como ya fuera presentado **(36)** en los últimos años ha expandido en Argentina una visión respecto de la condición de la niñez centrada en la supremacía de los derechos de libertad característicos de la condición de adultos, producto de una visión sesgada que atribuye una connotación negativa a los derechos de protección, con seguridad influenciada por los conocidos excesos del llamado "tutelarismo clásico" **(37)**.

(36) Ver en extenso, BELOFF, Mary, KIERSZENBAUM, Mariano, TERRAGNI, Martiniano, "Una sensata cantidad de liberacionismo: el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación frente a las normas penales que involucran a personas menores de edad", RDF 84, 1

(37) Cfr. entre muchos otros, BAYALA, Manuel Alberto, "Tribunales para menores", Revista de siquiatría y criminología, órgano de la Sociedad Argentina de Criminología y de la Sociedad de Psiquiatría y Medicina Legal de La Plata, año 12, nº 62, mayo-jun., Buenos Aires, 1947; HYPERLINK "http://consulta.bcn.gob.ar/bcn/Catalogo.Buscar?d=TA&q=P29848" BULLRICH, Eduardo J., "Asistencia social de menores", Jesús Menéndez Librero Editor, Buenos Aires, 1919; COLL, Jorge Eduardo, "Proyectos de leyes sobre tribunales para menores y protección de menores", Revista de siquiatría y criminología, órgano de la Sociedad Argentina de Criminología y de la Sociedad de Siquiatría y Medicina Legal de La Plata, año 4, nº 19, ene.-feb., Buenos Aires, 1939; COLL, Jorge, Tribunales de la Nación: Su composición sucesiva desde el 18 de octubre de 1862 hasta el 18 de octubre de 1937, Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, Buenos Aires, 1938; Cuello Calón, Eugenio, Tribunales para niños, Librería Gral. Victoriano Suárez, Madrid, 1917; Cuello Calón, Eugenio, Criminalidad infantil y juvenil, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1934; DE ALTBÁUM, Clara R., "Delincuencia Juvenil", Artes Gráficas Belgrano, Buenos Aires, 1939; GALLEGOS, Jorge, "El menor ante el derecho penal", Ed. Aniceto López, Buenos Aires, 1943; LUGONES Leopoldo (h) y GONZÁLEZ, Juan Martín E., "La Sección Menores del Palacio de Justicia", Primer Congreso Latino-Americano de Criminología, 25 al 31 de julio de 1938, Trabajos, Tomo Segundo, Buenos Aires; LUGONES, Leopoldo (h), "La menoría", Biblioteca Policial, Buenos Aires, 1941; PONCET, Adolfo Luís, "Los Tribunales de Menores de la provincia de Buenos Aires", en Revista de siquiatría y criminología, órgano de la Sociedad Argentina de Criminología y de la Sociedad de Psiquiatría y Medicina Legal de La Plata, año V, nº 28, jul-agt, Buenos Aires, 1940; Platt, Anthony M, Los Salvadores del Niño o la invención de la delincuencia, traducción de Félix Blanco, Editorial Siglo XXI, México, 1992; URDAPILLETA, Wenceslao, "Delincuencia infantil: Tribunales para menores", Gaceta del Foro. Año XVI, Nº 5114, Tomo 95, Buenos Aires, noviembre de 1931; VIALE, César, " HYPERLINK "http://consulta.bcn.gob.ar/bcn/Catalogo.Buscar?d=T&q=Leyes+d

Este proceso condujo en el país a la búsqueda de una mayor equiparación, en cuanto a los derechos de libertad, entre los niños y adolescentes respecto de los adultos, la cual ha transitado un camino de acercamiento gradual de ambas condiciones jurídicas. La redacción del artículo 26 del Código Civil y Comercial **(38)** permitiría concluir que ha llegado a asimilar ambos estatus, al prescribir la mencionada norma que *el adolescente de dieciséis años de edad* es considerado *adulto* respecto del cuidado de su propio cuerpo **(39)**. Esta equiparación del adolescente con el adulto se inspira en la posibilidad de dotar a la persona que ha alcanzado los dieciséis años de la capacidad jurídica para tomar decisiones de tan significativa trascendencia que el ordenamiento jurídico solo reserva para las personas adultas (*mutatis mutandi,* aceptar su responsabilidad penal en un procedimiento simplificado y consentir una pena de quince años de prisión).

Ahora bien, más allá de las intenciones, desde el punto de vista del derecho penal puede verse que a los dieciséis años el niño ya deja de ser sujeto pasivo del delito de abuso sexual aprovechándose de la inmadurez de la víctima —art. 120, Código Penal— **(40)**; pero puede ser víctima de prácticas corruptoras ¿art. 125, Código Penal? **(41)**, pornografía infantil ¿art. 128, Código Penal? **(42)** y *grooming*—art. 131, Código Penal— **(43)**. Con ello es evidente que, para el derecho penal y respecto de cuestiones que involucran al cuidado del propio cuerpo, los derechos de protección [paternalismo justificado **(44)**] priman sobre los derechos de libertad (autonomía). Esta misma situación puede plantearse en otros ámbitos [político **(45)**, laboral **(46)**, etc.].

IV.4. La reforma de la mayoría de edad y la ejecución de las sanciones

Como consecuencia de la reducción de la mayoría de edad civil a los 18 años (mediante la ley 26.579 **(47)**, confirmada luego por el Código Civil y Comercial) **(48)**, se planteó el problema de cómo abordar, en la etapa de ejecución de pena, la situación de las personas mayores de dieciocho años que fueron condenados como autores penalmente responsables por delitos

e+menores+%28Memoria%29" Leyes de menores (Memoria)"; anotaciones para su mejor cumplimiento en la República Argentina, HYPERLINK "http://consulta.bcn.gob.ar/bcn/Catalogo.Buscar?d=TE&q=53851" Imprenta Colonia Hogar "Ricardo Gutiérrez", Buenos Aires, 1925; y Viale, César, HYPERLINK "http://consulta.bcn.gob.ar/bcn/Catalogo.Buscar?d=T&q=Infancia+desamparada" Infancia desamparada, Buenos Aires, 1937.

(38) Ley 26.994, sancionada el 1/10/14, promulgada de hecho el 7/10/14 y publicada en el BO del 8/10/14.

(39) "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo." (cursivas agregadas).

(40) Código Penal, art. 120.

(41) Código Penal, art. 125.

(42) Código Penal, art. 128.

(43) Código Penal, art. 131.

(44) GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Desde la modesta propuesta de "Swift" hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño", en Revista "Doxa", Alicante, N° 15/16, 1994, págs. 731/743.

(45) Cfr. art. 7° de la Ley de Ciudadanía (Ley 346, conforme la modificación introducida por la Ley 26.774 (sancionada el 31/10/12 y promulgada de hecho el 1/11/12) y art. 1° del Código Nacional Electoral.

(46) Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, arts. 32, 33 y 187.

(47) Sancionada el 2/12/09, promulgada el 21/12/09 y publicada en el BO. el 22/12/09.

(48) Ley 26.994, sancionada el 1/10/14, promulgado por el decreto 1795/14 y publicada en el BO del 8/10/14. Regula el citado Código en su art. 25: "Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años (...)".

cometidos cuando eran menores de esa edad (entre 16 y 18 años no cumplidos de acuerdo con la ley argentina). En los hechos, esas condenas reguladas por un régimen penal especial transcurren cuando ya el joven ha alcanzado los dieciocho años de edad.

Mientras la mayoría de edad civil se extendía hasta los veintiún años, el Régimen Penal de la Minoridad (leyes N° 22.278/22.803), aprobado en el marco de esa legislación, autorizaba: a) el diferimiento de la decisión de aplicar una pena hasta esa edad y, además, b) exigía el alojamiento en instituciones especializadas para los entonces llamados "menores adultos" (arts. 6° y 10, leyes N° 22.278/22.803). Por razones que pueden compartirse o no, en concreto, reducir la mayoría de edad civil a los 18 años implicó, en materia penal, la pérdida de esas dos reglas relacionadas con el principio de especialidad en materia penal juvenil.

IV.5 El procedimiento de flagrancia

La ley 27.272 **(49)** introdujo en el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) una regulación específica para los casos de flagrancia. Dentro del paulatino avance del derecho penal de adultos sobre el derecho penal juvenil, los problemas relacionados con la flagrancia presentan el interrogante respecto de si este régimen es aplicable al proceso penal juvenil. La modificación legal reformó el art. 353 *ter* del procedimiento penal y estableció dos reglas muy claras: (i) "[a]l momento de tomar conocimiento de la aprehensión, el fiscal deberá declarar, de corresponder, el caso como flagrancia"; (ii) y "[e]l detenido será trasladado ante el juez a fin de participar de una audiencia oral inicial de flagrancia" **(50)**.

Los interrogantes sobre el procedimiento de flagrancia pueden sintetizarse en dos: 1) si la voluntad del legislador incluyó dentro del nuevo régimen también al derecho penal juvenil o si su intención fue limitarlo al derecho penal de adultos (su aplicabilidad); y 2) en caso de que se considere que sí resultaría aplicable según el derecho común, si a partir de los principios fundamentales de la justicia juvenil la inclusión del régimen simplificado es compatible con el *corpus juris* de los derechos del niño (su constitucionalidad y su convencionalidad).

La evolución jurisprudencial en la aplicación de esta figura da cuenta de cómo fueron saldadas por la jurisprudencia las controversias entre la legislación penal general y el principio de especialidad.

Sobre el procedimiento de flagrancia, la jurisprudencia desarrolló tres corrientes acerca de la aplicación del instituto en el proceso penal juvenil.

Respecto de su aplicabilidad, los argumentos centrales respondieron a la posibilidad de armonizar las normas sustantivas y procesales aplicables al proceso penal juvenil y a la posibilidad de disociar la forma de investigar el delito y el abordaje integral del presunto infractor **(51)**. En este primer precedente de la justicia nacional con sede en la Capital Federal **(52)** se agregó, al vincular el procedimiento de flagrancia con el juicio abreviado, que "[d]ebemos subrayar que en la justicia de menores y ante los Tribunales especializados es frecuente la presentación de acuerdos de juicio

(49) Ley 27.272, sancionada el 7/9/2016, y publicada en el BO. del 1/12/2016.

(50) Cód. Proc. Penal (ley 23.984), art. 285, según la redacción de la ley 27.272.

(51) "[E]n el caso de autos L. C. M., de 17 años y por tanto menor punible en función del hecho imputado, ese mismo día el juez de menores ordenó el traslado del joven al Instituto Inchausti y su entrega a un familiar o mayor responsable, lo que se efectivizó al día siguiente. [la Ley 27.272] responde a los principios de inmediación, bilateralidad, continuidad y concentración que garantizan la sustanciación del debido proceso (...) Es de resaltar que el nuevo articulado no deroga como parece entender el impugnante, ni podría hacerlo, la normativa especial prevista en la Ley 22.278, ya que esta última constituye una ley de fondo con respaldo constitucional y convencional [...], CNCrim. y Correc., Sala IV, causa N° 72.867/16, "C. M., L. s/ recurso interpuesto", 21/12/2016, voto de los jueces González, González Palazzo y Seijas.

(52) Finalmente la Cámara de Casación declaró por mayoría inadmisible el recurso de casación, en tanto que el planteo de la defensa que había cuestionado la aplicación de la nueva legislación para flagrancia a los imputados menores de edad, no había demostrado un perjuicio en el caso concreto (Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala 4, causa CCC 5478/2017/CA1, "G., A. N. y otro s/ Inconstitucionalidad", 28/3/2017, voto de los jueces Magariños y Mahiques).

abreviado o solicitudes de suspensión del juicio a prueba, los que son receptados favorablemente sin relegar las especificidades de la ley 22.278, que posee respaldo constitucional en tanto contempla condiciones especiales para habilitar la sanción de delitos cometidos por personas menores de edad" **(53)**.

La segunda corriente de interpretación jurisprudencial, contraria a la aplicación del procedimiento de flagrancia en el fuero especializado a partir de una declaración de "no aplicabilidad", se fundamentó en la imposibilidad de compatibilizar la ley 27.272 con el Régimen Penal de la Minoridad. La incompatibilidad generaba un proceso "centauro", para lo cual se requería la aplicación de una "nueva ley": "[U]na cabeza que guía al joven para que comprenda más inteligentemente los hechos imputados derivado de su inmadurez emocional o afectiva, que podría concluir con su absolución, en un cuerpo que, contrariamente, busca una solución expedita en el marco de la emergencia de seguridad pública [...]" **(54)**; "

La última interpretación jurisprudencial entendió que la solución que debía darse a las tensiones referidas en los párrafos anteriores era la declaración de inconstitucionalidad de la norma, con fundamento en la incompatibilidad de la ley 27.272 con los principios básicos del derecho penal juvenil, entre ellos el de especialidad, al colisionar "abiertamente" con la consideración del "interés del menor" **(55)**.

Finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió hacer lugar al desistimiento del recurso por parte del Procurador General de la Nación, y dejó vigente la aplicación de la flagrancia en el proceso penal juvenil **(56)**. En su dictamen ante la instancia **(57)**, el ministerio público fiscal sostuvo la interpretación relacionada con la "traducción", de las normas procesales generales a la justicia juvenil: "La norma cuestionada, interpretada del modo propuesto, se ajusta a lo dispuesto en los artículos 37, inciso b), de Convención y en los artículos 19 de la ley 26.061, 411 del código procesal ya las Reglas de Beijing. En rigor, lo que se plantea como un agravio derivado de la nueva ley de flagrancia, es una crítica que ya había sido dirigida al procedimiento común y superable -al igual que la anterior- por vía interpretativa. Del mismo modo entiendo que la ley 27.272 puede ser aplicada a los menores, pues por las razones expuestas en esta presentación, la celeridad que le imprime al proceso contribuye al mejor cumplimiento de lo prescripto en los aludidos instrumentos internacionales específicos, sin afectación de sus garantías fundamentales ni del interés superior del niño que los inspira [...]"

Además, y en un párrafo que en el proceso reseñado en este trabajo, adquiere una potencia diferente tiene que ver con la organización de los tribunales, en tanto "la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza que la causa contra todo menor del que se alegue o quien se acuse de haber infringido las leyes penales, será dirimida por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial (art. 40. 2. b. iii) e insta a los Estados Partes a que establezcan autoridades e instituciones específicas, *pero no impone ninguna integración de los tribunales en particular, sea colegiada o unipersonal* [...]" (destacado propio)

La decisión del Máximo Tribunal, al igual que lo sucedido con el precedente "Latrónico" respecto de la competencia en la investigación de delitos federales, ilustra cómo los dictámines de la Procuración General de la Nación también

(53) CNCrim. y Correc., Sala IV, causa N° 72.867/16, "C. M., L. s/ recurso interpuesto", 21/12/2016, voto de los jueces González, González Palazzo y Seijas.

(54) CNCrim. y Correc., Sala I, causa N° 6350/17, "R., J. A. y otro s/ aplicación ley flagrancia en proceso de menor e inconstitucionalidad", 15/2/2017, voto de los jueces Bunge Campos y Rimondi, entre los primeros.

(55) Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II, causa N° 2435/2017/2/CNC1, "F., J.E. o M. y otros s/legajo de casación", 9/06/2017, del voto del juez Morin; en sentido similar en cuanto a los argumentos, Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, causa nº CCC 6369/2017/1/CNC1, caratulada "V., C. N. s/legajo de casación", 1/6/2017, voto en disidencia del juez Niño.

(56) CS, "Cáceres, Ariel Carlos y otro s/ incidente de recurso extraordinario", 28/10/21, voto de los jueces Rosatti, Maqueda, Lorenzetti, Rosenkrantz y Highton de Nolasco.

(57) Dictamen del Procurador General de la Nación, CCC2416/2017/1/CS1, "C., A. s/ incidente de Rec. Ext.", 28/6/2019.

coadyuvaron a limitar la aplicación del principio de especialidad.

IV.6. El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la nación

Como fuera presentado, y dentro de los institutos elegidos para demostrar el consolidado acercamiento de la justicia juvenil a la justicia de adultos, el juicio abreviado sobresale por las múltiples problemáticas que lo alejan del abordaje especial a la infancia, y en definitiva, de la aplicación del principio de especialidad en la justicia juvenil **(58)**. En la última década el juicio abreviado se transformó en una herramienta utilizada como regla mayoritaria en la resolución de las causas penales seguidas a las y los adolescentes.

Una característica notoria de las normas procesales a nivel federal y nacional es que la aplicación conjunta de procedimientos simplificados o de flagrancia y el juicio abreviado logran el paradójico resultado de suprimir completamente al proceso penal juvenil: el primero en tanto elimina a la investigación penal preparatoria y el segundo porque suprime la audiencia de juicio oral y reservada. Esos dos graves problemas pueden sintetizarse en uno: la paulatina disminución de la protección especial a la infancia entendida como un trato judicial diferenciado en relación con las normas del proceso penal de las personas adultas. Esta dinámica se ha acelerado en los últimos años, con el evidente riesgo de la pérdida de un proceso penal que debe reconocer los matices propios de la etapa de la vida que conforman la infancia, sentido central del principio de especialidad.

El Código Procesal de la Nación (ley 23.984) no regulaba la institución del juicio abreviado. Su incorporación se realizó con la sanción de la ley 24.825 **(59)** que implementó al juicio abreviado "a todas las causas en trámite" **(60)**. El art. 410 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) —ubicado en el capítulo llamado "Juicio de Menores"— establece como regla general que en las causas seguidas contra personas menores de 18 años se procederá conforme las disposiciones procesales comunes, salvo las especiales que establece ese capítulo. La interpretación jurisprudencial del alcance de las normas procesales "comunes" (entre las que se encuentran las que regulan el juicio abreviado) y las propias del Régimen Penal fue el punto de quiebre en la jurisprudencia **(61)**. Este resulta, en ellos hitos que se ven en este acápite, otra "interpretación flexible" que pretende, con sus marcadas lagunas y contradicciones, amalgamar cuerpos normativos de matriz diferente.

A partir de la sanción de la ley 24.825 solo aisladamente se planteó el problema de base, sobre qué capacidad tienen los niños y las niñas de acordar con la acusación **(62)** su responsabilidad y eventual pena **(63)** sin contar con una regulación procesal específica. En forma mayoritaria la jurisprudencia aplica el procedimiento, pero más allá del acuerdo entre las partes, la imposición de pena queda sujeta a la ponderación del Tribunal en los términos del art. 4° de la ley 22.278 **(64)**.

---

(58) Ver al respecto, BELOFF, Mary; FREEDMAN, Diego; KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, "La justicia juvenil y el juicio abreviado", LA LEY 22/04/2015, 1.

(59) Sancionada el 21/5/1997 y publicada en el BO del 18/6/1997.

(60) Ley 24.825, art. 3°. Esta solución se apartó del proyecto original: "Art. 5°: Modifícase el artículo 25 del Código Procesal Penal, sancionado por la ley 23.984, el que quedará redactado al siguiente tenor: ´Artículo 25: Los tribunales en lo criminal juzgarán en única instancia de los delitos cuya competencia no se atribuya a otro tribunal...", del 5438-D-95 del Diputado Cafferata Nores,

(61) "[L]a decisión apelada, en suma, ha olvidado que los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño ´estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten [...]", Fallos 331:2047, del consid. 5° del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

(62) CNCasación Penal, Sala III, causa N° 4.642, "N., J. A. s/recurso de revisión", 8/12/2004, del voto de la jueza Ledesma, entre los primeros.

(63) CNCasación Penal, Sala III, causa N° 5.789, "M. C. M. s/recurso de revisión", 8/7/2005, voto de los jueces Ledesma, Riggi y Tragant, entre los primeros.

(64) CNCasación Penal, Sala III, causa N° 118/2001, "A. L., C.", 21/3/2001, voto de los jueces Mitchell, Riggi y Catucci; CNCasación Penal, Sala IV, causa N° 3.719, "L., W. F. s/recurso de casación", 14/8/2003, voto de los jueces Hornos, Berraz de Vidal y Mitchell; CNCasación Penal,

La aplicación del juicio abreviado en el proceso penal juvenil, a partir de una interpretación "dual" de la legislación específica y del instituto procesal, produjo fallos en los cuales el fiscal supeditó el pedido concreto de pena a los resultados del tratamiento tutelar en un debate posterior **(65)**, la acusación solicitó una pena mayor que la pedida por la defensa técnica **(66)** o directamente solicitó la absolución en los términos del art. 4° de la ley 22.278 **(67)**.

En la consideración del derecho penal juvenil como un "hecho" de carácter educativo, cuyo aspecto retributivo ha sido vedado **(68)** y cuyas funciones preventivas generales se ven drásticamente debilitadas **(69)**, no parece ser el juicio abreviado el mejor camino, pues se instrumenta en un trámite casi *administrativo* **(70)**.

IV.7. El juicio por jurados **(71)**

La provincia de Córdoba fue pionera al aplicar el juicio por jurados en el proceso penal juvenil. Al entender en esta cuestión el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba rechazó las objeciones a la violación del principio de justicia especializada al sostener que "(...) los legos votan sobre las cuestiones relativas a la existencia del hecho delictuoso —con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes—, la participación del imputado y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, mas no sobre la sanción aplicable. Con ello es claro que los menores de dieciocho años sometidos al proceso de mayores mantienen incólume los principios constitucionales que les asisten, en particular, el interés superior del niño y la especialidad del fuero, puesto que la intervención de los jurados populares solo se limita a la decisión sobre la determinación de los hechos y la participación de los imputados en los mismos (...)" **(72)**. *A posteriori* la normativa local de protección de derechos de la infancia clausuró tal posibilidad al marcar un límite en el sistema de enjuiciamiento penal que debería ser considerado en eventuales reformas sobre la cuestión **(73)**. Es decir que en la provincia primó la norma protección especial por sobre el derecho procesal general.

Sala IV, causa N° 5.287, "A., J. S. s/recurso de casación", 21/12/2006, voto de los jueces Hornos, Berraz de Vidal y Capolupo de Durañona y Vedia; entre muchos otros.

(65) CNCasación Penal, Sala III, causa N° 3.118, "A. L., C. A. s/ recurso de queja", 21/3/2001, entre otros.

(66) Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala III, causa N° 21.066/2013, "M., J. A.", 16/7/2015, del voto de la jueza Garrigós de Rébori al que adhirieron los jueces Días y Mahiques, entre los últimos de esa instancia.

(67) Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4 de la Capital Federal, causa N° 1.964, CFP 7900/2012/TO1, 15/5/2015, voto de los jueces Bertuzzi y Costabel, entre muchos otros.

(68) "[E]l sistema de la ley 22.278 colocó al margen de su consideración la finalidad retributiva de la pena, imponiendo al juzgador el prudente examen sobre la necesidad de su aplicación, que en caso afirmativo deberá en su individualización ajustarse a las pautas que la propia norma establece sin olvidar sus fines tutelares y recuperativos [...]", CNCasación Penal, Sala IV, causa N° 3.719, del 14/8/2003, del voto de la jueza Berraz de Vidal, entre muchos otros. Véase también CS, Fallos 328:4343, del consid. 22 del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroniy Lorenzetti.

(69) "[L]a protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública (...) La aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención [...]", Comité de los Derechos del Niño en la Observación General, N° 10, ya cit., de los párrs. 10 y 71.

(70) "[E]ste instituto se traduce en el uso masivo y generalizado de una respuesta punitiva de baja calidad, burocrática y alejada de los ideales de resocialización determinados por el corpus juris de protección de derechos a la infancia. De ahí que pueda concluirse que una regulación compatible con los estándares internacionales lo excluya de la justicia juvenil [...]", BELOFF, Mary; FREEDMAN, Diego; KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, "La justicia juvenil y el juicio abreviado", en BELOFF, Mary (dir.), Nuevos problemas de la justicia juvenil, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, p.185.

(71) Ver en extenso BELOFF, Mary; KIERSZENBAUM, Mariano y TERRAGNI, Martiniano, "La justicia juvenil y el juicio por jurados", LA LEY 26/09/2017, 1.

(72) Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, sentencia n° 262, autos "M., V. A. y otro p.ss.aa. robo calificado por el uso de arma impropio, etc. —Recurso de Casación-" (Expte. "M", 3/2009), 6/10/09, voto de las juezas Cafure de Battistelli, Tarditti y Blanc G. de Arabel.

(73) Ley 9.944 de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, art. 103.

En cuanto a la organización judicial y la aplicación del juicio por jurados en los procesos que tengan como imputados a adolescentes, Entre Ríos es la única provincia que al presente ha regulado la aplicación de este sistema de enjuiciamiento en la justicia juvenil, por lo menos respecto de la declaración de responsabilidad penal y para casos específicos **(74)**.

Recientemente también el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, en sentencia firme, se expidió en sentido favorable, en otro paso más del proceso marcado en el apartado [4] **(75)**. En este sentido el tribunal consideró que "La simple lectura e interpretación del texto de la ley 14.543 que implementó el modelo de jurados populares en nuestra provincia, ningún distingo hace respecto de si se debe enjuiciar personas mayores o menores de edad.". Aquí se explicita un criterio de interpretación jurisprudencial diferente al que entendió en su momento la Suprema Corte de la provincia: "Que la ley de juicio por jurados (Nº 14.543 -B.O.P. del 20-XI-2013-, texto según ley 14.589 -B.O.P. 16-V-2014-) incorporó, entre los órganos de la Administración de Justicia, al ´Tribunal de jurados´ el que ejercerá su jurisdicción en el territorio de la Provincia con la competencia y los alcances que le atribuye la ley 11.922 y sus modificatorias (arts. 1 inc. 10 y 61 bis de la ley 5827 y sus modificatorias) (...) Que de lo expuesto se desprende que el procedimiento de juicio por jurados no se encuentra contemplado en la legislación vigente para el ámbito de la responsabilidad penal juvenil, definición legislativa que no puede ser suplida por este Tribunal por exceder su potestad reglamentaria" **(76)**.

Superada (o no) esa primera cuestión, es relevante la consideración del tribunal provincial acerca los alcances del régimen procesal juvenil y las diferencias con el de adultos: "Se demuestra que los aspectos esenciales del régimen especial de minoridad y que lo distingue del proceso de los adultos se centra —más allá de otros institutos que no son propios de la instancia de juicio— en la posibilidad que tiene el Juez de imponer o no pena, luego de haberse comprobado la existencia de un delito y la responsabilidad penal del joven respecto del mismo" **(77)**. Tal como ocurre con la sentencia pionera de Córdoba, el principio de especialidad solo estaría limitado el momento de la decisión de la pena, el cual sí está a cargo de un órgano judicial específico.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires sostuvo, al mismo tiempo, que la condición "necesaria" para garantizar la aplicación del principio de especialidad, el "que resulta importante en la labor del jurado", es que el juez técnico (uno de la Responsabilidad Juvenil se aclara) incluya en sus instrucciones "cualquier cuestión relativa al fuero especializado". Pero para el Tribunal de Casación el proceso de decisión para llegar a la condena de una o un adolescente en los términos del art. 4° de la ley 22.278 "no resulta distinto de la construcción que se hace en el caso del juzgamiento de mayores, desde que se establece la corroboración del hecho delictuoso y el grado de responsabilidad del individuo respecto del mismo" **(78)**.

Para concluir con un breve repaso de esta sentencia, se entendió también que la "máxima expresión" de la especialización requerida está dada luego de dictado el auto de responsabilidad y tiene como eje la necesidad de imponer pena y la cuantificación de la misma (de corresponder).

A los efectos de señalar la propia consideración de los actores del sistema sobre la evolución de la justicia juvenil, el fallo además destaca que tanto la defensa recurrente como la Fiscal "señalaron el parangón que puede trazar-

(74) Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Sala n°1 en lo Penal, 18/03/21, voto de los jueces Giorgio, Mizawak y Carubia.

(75) Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Quinta, causa Nº 108431 caratulada "G. N. E. s/ RECURSO DE QUEJA (art. 433 CPP)", 18/11/21, voto de los jueces Mancini, Kohan y Budiño.

(76) SC Buenos Aires, Resolución n° 838/15, Expte. SP nº 4/14 alc. 1., 13/05/2015, voto de los jueces Hitters, Genoud, Kogan, Pettigiani y De Lazzari

(77) Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Quinta, causa Nº 108431 caratulada "G. N. E. s/ RECURSO DE QUEJA (art. 433 CPP)", 18/11/21.

(78) Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Quinta, causa Nº 108431 caratulada "G. N. E. s/ RECURSO DE QUEJA (art. 433 CPP)", 18/11/21.

se con la situación del juicio abreviado, que no está receptado dentro del ordenamiento especial del fuero de la responsabilidad juvenil y, sin embargo, es aplicado sin ambages por los operadores del sistema penal de minoridad" **(79)**. Esta específica mención al juicio abreviado permite "unir" en el derrotero histórico los dos institutos procesales más alejados de la protección especial, tanto que no aparecen siquiera mencionados como tales en ninguna norma del amplio entramado normativo conocido como *corpus juris* (a la que la propia sentencia "tributa" en su fundamentación).

No es arriesgado concluir que la reformulación de los sistemas tutelares-inquisitivos clásicos produjo un efecto *rebote*, al equiparar el sistema penal juvenil al sistema de adultos para asegurar a niños y adolescentes las reglas de garantía clásicas del derecho penal y procesal penal, sin haber sido fructífero en la consolidación de una respuesta penal especializada.

V. A modo de conclusión

Las exigencias que surgen del principio de especialidad en el marco del *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos determinan el deber ser de las regulaciones procesales específicas y, en consecuencia, de su organización judicial. En definitiva, estos principios requieren de una organización judicial diferente a la justicia de adultos, porque los objetivos de política criminal que otorgan sentido a una regulación normativa específica inciden de manera necesaria en la ingeniería institucional (es decir, la organización judicial) con la que se pretende cumplirlos. Lo que se quiere afirmar, en definitiva, es que una visión del principio de especialidad que tome en serio su contenido debe tener muy en cuenta cuál es el sentido de esa especialidad con relación a las finalidades de la administración de justicia juvenil.

Esa diferencia se basa, esencialmente, en que ¿principio de especialidad mediante¿ las adolescentes y los adolescentes imputados deben estar sometidos a un sistema judicial específico.

De manera singular, en el país se han efectuado una serie de reformas procesales, que han modificado la respuesta estatal al delito cometido por personas menores de edad, pero que no han modificado al régimen penal de la minoridad en aquellas cuestiones en las que podría argumentarse el carácter procesal de esas disposiciones.

Aunque ello fuera advertido en múltiples oportunidades conforme la evolución señalada en [4], en especial por la pérdida del matiz especializado, hoy podría sostenerse que parece un proceso irreversible y de cuyas consecuencias futuras no podremos sorprendernos.

(79) Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Quinta, causa Nº 108431 caratulada "G. N. E. s/ RECURSO DE QUEJA (art. 433 CPP)", 18/11/21.

CRIMINOLOGÍA

Doctrina

Distintas perspectivas del discurso de odio: desde la intransigencia a la tolerancia

María Teresa Montero Rui (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Discurso de odio.— III. Interpretaciones sobre el discurso de odio.— IV. Incongruencias del TEDH en el tratamiento de la incuestionabilidad el holocausto.

I. Resumen

A pesar del resurgir en las últimas décadas de los movimientos racistas y xenófobos a ambos lados del océano, el tratamiento que se dispensa al discurso de odio en los diferentes países está condicionado por el posicionamiento que otorgan a la libertad de expresión por encima de otros derechos.

II. Discurso de odio

Odiar es rechazar aquello que nos genera disgusto, es una aversión, un sentimiento, y, por ello, no está prohibido. Sentir animadversión o rechazo hacia una persona o grupo no está perseguido, no es delito, pero, si de manera intencionada se incita públicamente al odio y a la violencia contra una persona por su pertenencia a un grupo, o contra este grupo en sí por sus características raciales, religiosas, nacionales o sexuales que lo conviertan en vulnerable al odio, si está castigado.

La recomendación N° r [97] 20, de 30 de octubre de 1997, del comité de ministros del consejo de Europa, considera que "el término "discurso de odio" abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes o personas de origen inmigrante" **(1)**. Concepto que fue complementado por la comisión europea contra el racismo y la intolerancia del Consejo de Europa, en cuya Recomendación General N° 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015, reitera que debe entenderse "como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de "raza", color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales" **(2)**.

En todo caso, el discurso de odio no tiene una única definición, porque las expresiones que incitan al odio emplean argumentos dispares y distintos niveles de gravedad, desde manifes-

(*) Abogada. Profesora asociada de derecho penal en la UCLM.

(1) Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) Consejo de Europa Recomendación General N° 15 sobre Líneas de Actuación para combatir el discurso de odio Y Memorándum explicativo Adoptada el 8 de diciembre de 2015. p. 32. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: https://www.caib.es/sites/convivexit/ca/interculturalitat/archivopub.do?ctrl=MCRST8146ZI220908&id=220908.

(2) Ibidem, p. 3.

taciones difamatorias hasta discursos que llaman abiertamente a la violencia. Lo cierto es que se trata de un concepto esencialmente valorativo y apegado a una realidad social en continua evolución **(3)**, utilizado para generar y provocar rechazo hacia un determinado grupo de la población, para marginar y estigmatizar a las minorías en riesgo, razón por la cual ha venido siendo necesario un sistema internacional de protección integral de sus derechos. Sin embargo, la principal problemática que surge respecto al discurso de odio gira en torno al establecimiento de los límites al ejercicio de la libertad de expresión, objeto de profundo debate al tratarse de un derecho fundamental y pilar de cualquier sociedad democrática.

III. Interpretaciones sobre el discurso de odio

Según Teruel Lozano **(4)**, para afrontar un análisis sobre el contenido y límites a la libertad de expresión ante el discurso de odio se suelen distinguir dos sistemas enfrentados, el modelo norteamericano más tolerante y el modelo europeo más intransigente.

III.1. Derecho a la libertad de expresión como argumento ante el discurso de odio

Es costumbre que, en el modelo cultural constitucional norteamericano, la discusión relativa a los límites de la libertad de expresión gire en torno a la cuestión de si una sociedad plural debería prohibir el discurso que difunda la intolerancia, porque determina como uno de sus principios fundamentales la neutralidad del Estado frente a las distintas opiniones políticas, morales y religiosas. De hecho, "La libertad de expresión no es solo el derecho constitucional estadounidense más preciado, sino también uno de los símbolos culturales más importantes de Estados Unidos" **(5)**. Y, precisamente, el rechazo ante los abusos del poder hace que se termine tomando partido por el mal menor que supone la difusión de discursos extremistas, discriminatorios y, en definitiva, contrarios a los valores constitucionales, pues, ante todo, el debate público da solidez a la democracia **(6)**.

Así, la Primera Enmienda de su Constitución **(7)** fue concebida con el fin de proteger el discurso político a lo largo del tiempo, debiéndose dar una mayor tolerancia por parte las autoridades gubernamentales a las manifestaciones y discursos.

Es más, la Corte Suprema, en sus sentencias, ha interpretado que, dentro del discurso protegido, también se encuentran comprendidas las marchas, protestas y otras formas de conducta expresiva, concepto que ha ampliado al lenguaje de odio y a la conducta ofensiva, siendo el componente más básico de la libertad de expresión el derecho a la libertad de palabra, lo que permite que los individuos se expresen sin intervención ni restricción del gobierno. Y así lo plasmó en la resolución del *Caso Brandenburg v. Ohio* de 1969 **(8)**, en la que modificó su juris-

(3) ZÁRATE CONDE, Antonio, "Los delitos de odio, su trascendencia en la violencia callejera. Un reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", LA LEY Penal nro. 141, noviembre-diciembre 2019.

(4) TERUEL LOZANO, Germán M., "Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", Revista Española de Derecho Constitucional, 114, 2018, pp. 13-45. p. 20.

(5) ROSENFELD, MICHEL, "Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis", 24 Cardozo Law Review 1523, 2003, p. 1529. "Freedom of speech is not only the most cherished American constitutional right, but also one of America's foremost cultural symbols".

(6) GASCÓN CUENCA, Andrés, "La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nro. 47, 2013, p. 164.

(7) "The Constitution of the United States", Amendment 1. Congress shall make no law respecting anestablishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. Cornell University Law School Legal Information Institute. Archived from the original on May 1, 2013. Retrieved May 3, 2013. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment

(8) Caso Brandenburg v. Ohio de 1969, N° 492, donde un dirigente del Ku Klux Klan filmó y retransmitió por un medio de comunicación una reunión en la que difundió ideas racistas que podían interpretarse como una incitación a la violencia contra afroamericanos. Fue condenado a pena de prisión y multa conforme a una ley del

prudencia frente al discurso de odio que venía aplicando desde 1919, basada en el test "Clear and present danger" **(9)**, que justificaba la limitación del derecho a la libertad de expresión o de prensa si existía un riesgo o amenaza grave e inminente a la seguridad u otros intereses públicos, para adoptar un nuevo criterio, el estándar Brandenburg **(10)**, que hoy se mantiene vigente, y que otorga al gobierno la posibilidad de prohibir legalmente el discurso, únicamente y exclusivamente, si el orador tiene la intención de incitar a la violación de la ley de forma inminente y probable. este criterio lo siguió posteriormente en casos como *National Nocialist Party of America v. Village of Skokie* de 1978 **(11)**; *Collin v. Smith* de 1978 **(12)**; *R.A.V. v. City of Saint Paul* de 1992 **(13)**; *Virginia v. Black* de 2003 **(14)***; o Snyder v. Phelps et al* de 2011 **(15)**.

Definitivamente, en estados unidos, como dijo Rawls, "...suprimir la libertad de expresión, incluida la expresión subversiva, implica siempre una supresión parcial de la democracia" **(16)**, si bien, para Mill, "Nadie pretende que las acciones sean tan libres como las opiniones. Por el contrario, hasta las opiniones pierden

---

Estado de Ohio que prohibía incitar al uso de la violencia como medio para lograr reformas laborales o políticas; sin embargo, la Corte Suprema consideró la Ley de Ohio contraria a la Primera Enmienda. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444

(9) Aplicado en la sentencia del Caso Beauharnais v. People of the State of Illinois de 1952, N° 118, implicando la condena del acusado por generar con su conducta una incitación directa que generó un peligro claro e inminente contra la seguridad nacional, la moralidad pública o la seguridad personal. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/343/250

(10) DÍAZ SOTO, José Manuel, "Una aproximación al concepto de discurso del odio", Revista Derecho del Estado nro. 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2015, pp. 77-101, p. 92.

(11) Caso National Socialist Party of America c. Village of Skokie de 1977, N° 76-1786, donde la Corte Suprema de Illinois sostuvo que la Primera Enmienda protege los derechos de las personas a expresar sus puntos de vista, incluso si esos puntos de vista son considerados extremadamente ofensivo por la mayoría de las personas y que la exhibición de esvásticas no constituía discurso de odio y, por lo tanto, la su prohibición era constitucional. La decisión de Illinois sentaría las bases para posteriores casos de discurso de odio. [Consultado 19 de febrero de 2022] en: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/432/43

(12) Caso Collins c. Smith de 1978, N° 77-1736, relativa a la autorización de una manifestación pro-nazis en un suburbio de Chicago, donde la Corte consideró que el uso de la esvástica y otros símbolos nazis en una manifestación pública estaba amparado por la Primera Enmienda, pues no pueden considerarse como una incitación inminente al uso de la violencia ni cae en el concepto de palabras ofensivas. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/439/916.html

(13) Caso R. A. V. c. City of Saint Paul, de 1992, N° 90-7675, en la que se revoca la condena a un adolescente por quemar una cruz en el césped de una familia afroamericana bajo la protección de la libertad de expresión recogida en la Primera Enmienda. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/377

(14) Caso Virginia c. Black, de 2003, N° 01-1107, donde se declaran no contrarias a la Primera Enmienda la penalización de la quema de cruces con espíritu racista por parte de simpatizantes del Ku Klux Klan, pues, a veces la quema de la cruz es una declaración de ideología, un símbolo de solidaridad grupal. Se considera un ritual utilizado en las reuniones del Klan, que se utiliza para representar al propio Klan, y que, aunque pueda ser cierto que una cruz ardiente, incluso en un mitin político, despierte una sensación de ira u odio entre la gran mayoría de los ciudadanos, esa sensación no es suficiente para prohibir todas las quemas cruzadas. Es destacable el voto disidente que considera que en la cultura americana la cruz quemada significa invariablemente anarquía e inculca comprensiblemente en sus víctimas un temor bien fundamentado a la violencia física. [Consultado 19 de febrero de 2022] en: https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1107.ZS.html

(15) Caso Snyder c. Phelps et al, 2011 No. 09-751, que relata los hechos acaecidos durante el funeral de un marine fallecido en accidente en Irak, en el que hubo fuertes protestas por integrantes de la Iglesia Baptista que mostraban pancartas insultantes y en contra de lo que consideraban una creciente tolerancia a la homosexualidad en los Estados Unidos, provocando angustia mental y emocional entre los participantes del funeral. La Corte Suprema dictaminó que el discurso sobre un asunto de interés público, aunque sea ofensivo, está amparado por la Primera Enmienda. Esta sentencia cuenta con un voto particular que considera que la Primera Enmienda no faculta para infligir intencionalmente daños morales mediante crueles ataques verbales que en nada contribuyen al debate público. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/09-751.html

(16) RAWLS, John, "Sobre las libertades", Ediciones Paidós, Barcelona, 1996.

su inmunidad cuando las circunstancias en las cuales son expresadas hacen de esta expresión una instigación positiva a alguna acción perjudicial" **(17)**.

III.2. Derecho a la dignidad como argumento contra el discurso de odio

Los sistemas constitucionalistas europeos se consideran más restrictivos con la libertad de expresión como consecuencia de la protección que se brinda a otros derechos, como la dignidad, el honor, la no discriminación, o la libertad religiosa, precisamente como respuesta a la experiencia que venimos arrastrando desde el siglo pasado, experiencia cargada de discursos de odio en el marco de conflictos armados vinculados a totalitarismos, nacionalismos, fanatismos, terrorismos y racismos históricos. En palabras de Bilbao Ubillos "esta actitud de prevención, de cautela, ante las nefastas consecuencias de la libre difusión de ideas con un alto grado de toxicidad, de peligro para la convivencia no es fruto de la casualidad, no se produce por generación espontánea. Los traumas del pasado, de un pasado relativamente reciente aún, explican la especial sensibilidad de la mayoría de las sociedades europeas en este terreno" **(18)**. En este contexto, se "priva de las garantías que ofrecen los derechos fundamentales a quienes se sirven de ellas para negarlas a los demás y, por ende, para subvertir el propio sistema democrático" **(19)**.

Ciertamente, existe en Europa el consenso de que el discurso de odio incluye expresiones nocivas por su carácter discriminatorio y por la agresividad que transmiten, reconociéndose el daño y la lesión a bienes jurídicamente protegidos. Sin embargo, esto no resuelve el problema, y no implica necesariamente que esté justificada su limitación. La esencia de la libertad de expresión es precisamente amparar ciertos discursos, aunque sean ignominiosos. "De lo que se deduce que es exigible un enjuiciamiento del contenido ofensivo de las expresiones para determinar si las mismas están o no amparadas por la libertad de expresión" **(20)**. En todo caso, un estándar de protección común en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es muy difícil porque en Europa existen distintas sensibilidades respecto a la colisión entre libertad de expresión y defensa de la democracia.

En España, por ejemplo, nuestra Constitución (CE) otorga un papel fundamental a la libertad de expresión a la que incluye en su art. 20, concretamente, en el art. 20.1.a), donde reconoce y protege el derecho a "expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción".

En ocasiones esa libertad de expresión se vincula con la libertad ideológica del art. 16.1 CE, como queda de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 136/1999, de 20 de julio **(21)**, relativa a la difusión de propaganda electoral por la Mesa Nacional de Herri Batasuna a través de videos elaborados por la banda terrorista ETA, donde el Tribunal consideró que la pena impuesta fue desproporcionada a la conducta consistente en la difusión de un vídeo en período electoral, pues se puede crear incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada, incertidumbre que puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad; también estableció ese vínculo en la STC 176/1995, de 11 de di-

(17) MILL, John Stuart, "Sobre la libertad". Alianza Editorial, Madrid, 2017, p. 148.

(18) BILBAO UBILLOS, Juan María, "La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión", Revista de Derecho Político, nro. 71-72, enero-agosto, 2008, pp. 19-56, p. 52.

(19) ALCÁCER GUIRAO, Rafael, "Victimas y disidentes. El 'discurso de odio' en EE.UU. y Europa", Revista de Derecho Constitucional Española, 103, 2015, pp. 45-86, p. 48.

(20) TERUEL LOZANO, Germán M., "Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial", Revista de Estudios Jurídicos nro. 17/2017 (Segunda Época), Universidad de Jaén, p. 5.

(21) STC 136/1999, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1999:136).

ciembre **(22)**, recaída en el llamado caso de la editorial Makoki por un delito de injurias cometido contra el pueblo judío debido a la publicación del cómic vejatorio "Hitler=SS", donde el Tribunal denegó el amparo solicitado por el director de la revista que consideraba coartada su libertad ideológica y de expresión, manteniendo la condena por entender que "La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución" (F.J. 5°); y, sobre todo, en la STC 214/1991, de 11 de noviembre **(23)**, relativa a un procedimiento interpuesto por una mujer judía, Violeta Friedman, superviviente del campo de exterminio de Auschwitz, donde perdió a toda su familia, que consideró unas declaraciones realizadas en la revista Tiempo por León Degrelle, residente en España y antiguo Jefe de las SS en Bélgica, en las los hornos crematorios, una intromisión ilegítima en su ámbito personal. En esta sentencia el Tribunal entendió necesario precisar que las declaraciones han de incardinarse "dentro del ejercicio de la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con la libertad ideológica (art. 16.1 CE), puesto que, si bien en las mismas el demandado hace referencia a hechos históricos (en concreto respecto de la actuación nazi con los judíos durante la Segunda Guerra Mundial y de los campos de concentración), se limita a expresar su opinión y dudas sobre esos concretos acontecimientos históricos" (F.J. 7°), no así el discurso de odio, que lo presenta como una nueva categoría excluida del ámbito de protección al mencionar que "ni la libertad ideológica (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo,..." (F.J. 8°) o, en general, al desprecio y la violencia contra determinados colectivos, constituyendo una afrenta contra la igualdad y la dignidad humana, y en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Efectivamente, en relación a esa vinculación entre libertad de expresión y libertad ideológica, se pronunció el TEDH a través de la sentencia *Féret c. Bélgica*, de 2009 **(24)**, donde consideró que no se había vulnerado el art. 10 del Convenio respecto a la condena que se le había impuesto al señor Féret, representante parlamentario de un partido político, por incitar públicamente a la discriminación o el odio por los panfletos distribuidos durante la campaña electoral, y donde destaca la importancia del ejercicio del derecho de libertad de expresión en el ámbito del discurso político, uno de los más protegidos por la libertad de expresión, para el que no puede haber restricciones y que, de haberlas, deben ser motivadas. Sin embargo, por mayoría de cuatro votos a tres el Tribunal de Estrasburgo deniega el amparo solicitado por Féret, concluyendo que el discurso empleado incitaba a la discriminación y el odio racial, y que ello no puede ser camuflado por el proceso electoral. Alcacer Guirao considera llamativo que el TEDH renuncie a sus presupuestos sobre libertad de expresión en lo referencia a discursos del odio "llegando a exigir de los representantes políticos una mayor contención en el discurso" **(25)**.

Lo cierto es que, en palabras de Lascuraín Sánchez, "no podemos castigar la mera expresión de una ideología política, aunque esta sea antidemocrática" **(26)**, si bien, tampoco en España, evidentemente, se presenta la libertad de expresión como un derecho absoluto, y así lo considera el TC en Sentencia 171/1990, de 12 de noviembre **(27)**.

(22) STC 176/1995, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TC:1995:176)

(23) STC 214/1991, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TC:1991:214)

(24) Caso Féret c. Bélgica, de 16 de julio de 2009, N° 573. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2800730-3069797

(25) ALCÁCER GUIRAO, Rafael, "Víctimas y disidentes...", ob. cit., pp. 55 y 56.

(26) LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, "¿Cómo prevenimos los delitos de discriminación?", en GARCÍA, R. y DOCAL GIL, D. (dirs.), Grupos de odio y violencias sociales, Rasche, Madrid, 2012, pp. 23-38, p. 33.

(27) STC 171/1990, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TC:1990:171), el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información "no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad es decir, que resulten relevantes para la formación de la

La cuestión es si la libertad de expresión puede proteger la difusión de cualquier idea, incluso las "más deleznables que resulten desde el punto de vista de los valores que fundamentan nuestra Constitución" **(28)**. En efecto, así es, y así se manifiesta la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en su F. J. 6°: "La literalidad del ilícito previsto en el art. 607.2 CP no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo xenófobo o racista, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta, a cometer genocidio, que sí están presentes, por lo que hace al odio racial o antisemita se refiere, (...) en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1 b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal.". De esta manera, si bien el TC se adhiere al rechazo del TEDH al discurso de odio como incitación directa a la violencia o el odio racial, dentro del marco de la dignidad humana, se diferencia del mismo en considerar que la punición de la negación del Holocausto sí interfiere en el contenido esencial de la libertad de expresión "por lo que constituye un límite infranqueable para el legislador penal" **(29)**.

Precisamente, esta Sentencia del TC 235/2007, declarando contraria a la Constitución la mera negación del genocidio al tiempo que incorpora los requisitos para que sea compatible su persecución penal con los derechos constitucionales de libertad de expresión libertad ideológica y de conciencia, unida a la trasposición al ordenamiento jurídico penal de la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre de 2008 **(30)**, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, favorecieron la reforma del Código Penal (CP) español operada por la Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 30 de marzo, que supuso la transformación de los comportamientos de discurso de odio punibles, la armonización y la ampliación de los motivos de discriminación que habían sido considerados atípicos con la redacción anterior del art. 510 CP, aunque, en todo caso su aplicación dependerá de la interpretación más extensa o más restrictiva de los Tribunales en ponderación con la probable colisión con el derecho a la libertad de expresión.

Por tanto, la reforma del CP supuso que los discursos de odio se tipifiquen en los arts. 510 y 510 bis, y la supresión del art. 607.2 que sancionaba la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio, pues ahora estas conductas quedan integradas en el art. 510.

Quisiera destacar un elemento del art. 510 del CP que tiene que ver con el sujeto pasivo y que se manifiesta común en todas las conductas castigadas, y es la referencia a "un grupo, una parte de un grupo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel", y siempre que la conducta sea "por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad".

opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador, cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución le concede su protección preferente". F.J. 5°.

(28) STC 235/2007, de 7 de noviembre, Caso Librería Europa (ECLI:ES:TC:2007:235). (F.J. 6°)

(29) Idem.

(30) Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Diario Oficial de la Unión Europea L-2008-82444, N° 328 de 6 de diciembre de 2008. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82444 Se trata de una norma jurídica comunitaria impulsada para "definir un enfoque penal del racismo y la xenofobia común a la Unión Europea con el fin de que el mismo comportamiento constituya un delito en todos los Estados Miembros y se establezcan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias contra las personas físicas y jurídicas que cometan tales o que sean responsables de los mismos" (Quinto considerando).

Tal vez la falta de claridad sobre qué es y cómo debe atenderse el discurso de odio ha dado origen a respuestas normativas, judiciales y legislativas encontradas, y no puedo dejar de hacer alusión a la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado **(31)**, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del CP, que señala en su punto 2.4 que no es un elemento delictivo a acreditar "el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo" del supuesto delito, por lo que "una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos".

Entiendo que puede resultar peligroso el ejemplo que se presenta porque banaliza el delito de odio y su finalidad, precisamente porque la figura de los delitos de odio se creó para proteger a colectivos vulnerables y tradicionalmente discriminados por razones de tipo racista, ideológicas, de orientación sexual, de origen étnico o de género, entre otros. En este sentido, considerar a personas partidarias del nazismo como posibles víctimas de un delito de odio por razones ideológicas parece fuera de lugar, cuando se menciona previamente que "el origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos" **(32)**. Proteger especialmente a quienes más lo necesitan, no es discriminatorio frente a los menos vulnerables, sino el equilibrio que aspira a la igualdad y la dignidad de todos. Recordando la propia Circular que la consagración de la figura jurídica del delito de odio surge tras "la Segunda Guerra Mundial y evoluciona como respuesta frente al fascismo, el nazismo, el antisemitismo o el comunismo" **(33)** y de los posteriores movimientos antirraciales.

IV. Incongruencias del TEDH en el tratamiento de la incuestionabilidad el holocausto

En relación con la negación del Holocausto, en Europa, con carácter general, las legislaciones de prácticamente todos sus Estados **(34)** han sancionado penalmente diversas manifestaciones de ese fenómeno, sin ambages, como Alemania **(35)** y Austria **(36)**, o Francia que, a través de la Ley Gayssot **(37)**, prohíbe toda ex-

(31) Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal. Núm. 124. Boletín Oficial del Estado. Viernes 24 de mayo de 2019 Sec. III. Pág. 55655-55695. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: https://www.boe.es/boe/dias/2019/05/24/pdfs/BOE-A-2019-7771.pdf En el apartado 2.4 relativo al sujeto pasivo de los delitos de odio, menciona literalmente: "Tampoco lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos", p. 55665.

(32) Idem.

(33) Ibidem. p. 55661.

(34) Estados que han ratificado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. [Consultado el 18 de febrero de 2022] en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

(35) Alemania penaliza la negación o dudas del Holocausto en su Código Penal, en particular, la apología negación y banalización del genocidio (art. 140 StGB: "Billigung von Straftaten"), el vilipendio de la memoria de los difuntos (art. 189 StGB: "Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener"), la injuria y la difamación contra personas individuales, colectividades organizadas o categorías de personas no organizadas (art. 185 StGB: "Beleidigung", art. 186 StGB "Verleumdung") y, por último, la denominada "instigación a la población" (art. 130: ""Volksverhetzung"", en cuyo párr. 3, determina la imposición de pena de prisión de hasta tres años o una multa a cualquiera que, en público o en una asamblea, perturbe la paz pública de una manera que viole la dignidad de la víctima al aprobar, glorificar o justificar el régimen nazi de violencia y arbitrariedad). [Consultado el 18 de febrero de 2022] en: https://dejure.org/gesetze/StGB/130.html

(36) Austria promulgó una ley similar a la alemana que contempla hasta diez años de cárcel para quien niegue, trivialice, o apruebe el genocidio nacionalsocialista u otros crímenes nacionalsocialistas en la prensa, en la radio o en otro medio o de cualquier otra manera que sea accesible para muchas personas. Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Verbotsgesetz 1947. Ley constitucional de 8 de mayo de 1945 sobre la prohibición del NSDAP (ley de prohibición de 1947) en la versión de la ley de prohibición de 1992. [Consultado el 18 de febrero de 2022] en: http://www.nachkriegsjustiz.at/service/gesetze/gs_vg_3_1992.php

(37) Loi N° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe. JORF N° 0162 du 14 juillet 1990 page 8333. [Consultado el 18 de febrero de 2022] en: ¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.

presión "racista, antisemita o xenófoba" sancionando con al menos tres años de cárcel a los "negacionistas" o los que También, en Rumania **(38)**, el art. 66 de su Cód. Penal prohíbe la propaganda totalitaria y su Ordenanza de Emergencia N° 31 de marzo de 2002 (Emergency ordinance N° 31) la negación del Holocausto, así como los símbolos, uniformes y gestos racistas, fascistas, xenófobos, cuya proliferación se castiga con prisión de entre seis meses y cinco años. Sin olvidar a Bélgica, Suiza, Eslovaquia, República Checa, Lituania, Liechtenstein, Países Bajos, y Polonia cuyo Cód. Penal de 1997 **(39)** sanciona en su art. 256 con hasta dos años de prisión a quien promueva públicamente un sistema estatal fascista o totalitario o incite al odio basado en diferencias nacionales, étnicas, raciales, o religiosas, tipificación que fue ampliada en 2009 con un segundo apartado prohibiendo los "símbolos fascistas, comunistas u otros símbolos totalitarios", apartado que fue declarado inconstitucional el 19 de julio de 2011 por el Tribunal Constitucional polaco por considerarlo una violación de la libertad de expresión, decisión para la que tuvo en cuenta la Sentencia del TEDH en el *caso de Vajnai c. Hungría* **(40)**, donde se hacía referencia a que los símbolos pueden tener múltiples significados. En cuanto a Italia, tras muchos años de debate, se introdujo en 2018, a través de un Decreto legislativo, el art. 604 *bis* **(41)** en su Cód. Penal para castigar con penas de prisión de hasta un año y seis meses o con una multa de hasta 6,000 a quien, entre otras acciones, propagase ideas basadas en la superioridad u odio racial o étnico, o instigase a cometer o cometiera actos de discriminación por motivos raciales, étnicos y nacionales o religioso, y con prisión de dos a seis años si la difusión, se basa total o parcialmente en la negación, en la minimización grave o en la disculpas por los delitos de Shoah **(42)** o genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Respecto a España, reiteramos que, a pesar de que el art. 607.2 del CP, relativo al negacionismo, fue declarado inconstitucional por la STC 235/2007, el legislador de 2015 creó un nuevo art. 510, cuyos tipos penales no encajan en la doctrina fijada por el TC, pues vuelve a tipificar la justificación del genocidio conjuntamente con los delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia. Y, finalmente, entre los países que no tienen leyes explícitas que prohíban la negación del Holocausto, se encuentran el Reino Unido y los países nórdicos.

En todo caso, el principal problema que atenaza a los países es que la lucha por una verdad de Estado termine yendo en detrimento

(38) 2011 Expert workshop on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred-Annex - European Legislations - L-L. Christians - [Consultado el 18 de febrero de 2022] en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Vienna/Annexes/Romania.pdf

(39) Dz. U. 1997 nr 88 poz. 553. [Consultado el 18 de febrero de 2022] en: http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970880553/O/D19970553.pdf

(40) Caso de Vajnai c. Hungría, N° 33629/06, de 8 de julio de 2008. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-87404%22]} Asunto en el que el Tribunal sostuvo que hubo una violación del art. 10 del CEDH cuando se iniciaron procesos penales contra el solicitante, funcionario de un partido de izquierda, por haber usado un símbolo totalitario en público, concretamente una estrella roja de cinco puntas como símbolo del movimiento internacional de trabajadores en una manifestación legal en el centro de Budapest. La Corte no pudo concluir que su exhibición tuviera la intención de justificar o propagar la opresión totalitaria al servicio de los grupos totalitarios y no estaba relacionada con la propaganda racista, tampoco que el partido político tuviera intención conocida de participar en la vida política húngara en desafío al Estado de Derecho. Señala el Tribunal que hay que "tener sumo cuidado al aplicar cualquier restricción, especialmente cuando el caso involucra símbolos que tienen múltiples significados". La Corte es consciente de que "el terror sistemático aplicado para consolidar el gobierno comunista en varios países, incluida Hungría, sigue siendo una grave cicatriz en la mente y el corazón de Europa. Acepta que la exhibición de un símbolo que fue omnipresente durante el reinado de esos regímenes puede crear inquietud entre las víctimas pasadas y sus familiares, quienes con razón pueden encontrar tales exhibiciones irrespetuosas. Sin embargo, considera que tales sentimientos, aunque sean comprensibles, no pueden por sí solos establecer los límites de la libertad de expresión."

(41) Código Penal Italiano. Art. 604-bis. Propaganda e incitación a cometer delitos por motivos de discriminación racial, étnica y religiosa. Insertado por el art. 2, párr. 1, lett. i), Decreto Legislativo 1 de marzo de 2018, n. 21. [Consultado el 18 de febrero de 2022] en: https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale

(42) Shoah o Shoá es el término hebreo para referirse al Holocausto.

de la libertad de expresión. Así, los conflictos sobre el negacionismo se han ido planteando ante el TEDH que, en ocasiones, intenta esquivar el análisis de la ponderación de derechos y de la proporcionalidad necesaria para estudiar el conflicto desde el ámbito de la libertad de expresión consagrada en el art. 10 del CEDH, y recurre a la cláusula del abuso de derecho del art. 17 del Convenio, conduciendo a lo que dice Bilbao Ubillos, a "Una desmesura, porque no estamos ante situaciones excepcionales de crisis o peligro para la estabilidad de las democracias europeas que podrán justificar una drástica limitación de la libertad de expresión" **(43)**.

Efectivamente, el art. 17 del CEDH consagra la prohibición del abuso de derecho **(44)**, cláusula que se introdujo con la finalidad de evitar que las disposiciones del Convenio se interpreten de manera que impliquen un derecho a ejercer una actividad tendente a la destrucción de los derechos y libertades establecidos en el mismo.

Así, ante los discursos de odio, el TEDH ha manifestado, en varias ocasiones, que a cualquier comentario dirigido contra los valores fundamentales del Convenio se le excluirá de la protección que le brinda el art. 10 del CEDH —libertad de expresión— en virtud del art. 17 —prohibición del abuso de derecho—. Y, en concreto ante los discursos negacionistas, por regla general, el TEDH inadmite, por razones de incompatibilidad con los valores del Convenio, las demandas que alegan una vulneración de la libertad de expresión, de reunión o de asociación si se observa que la utilización de esas libertades se dirige a divulgar una doctrina totalitaria o expresar ideas que representan una amenaza al orden democrático y son susceptibles de conducir a la restauración de un régimen totalitario, basándose en el art. 17 del Convenio.

El problema que se viene observando es que, cuando lo que se divulga tiene que ver con la negación del Holocausto judío, el TEDH no valora la intención del autor del discurso ni el impacto del mensaje o su repercusión para excluir el mismo del ámbito de la libertad de expresión y aplicar rotundamente la cláusula de abuso del art. 17, sin permitir que se lleve a cabo una ponderación de las circunstancias del caso. Lo que confirma la consideración de Bilbao Ubillos sobre el TEDH, esto es, que tiene una doble vara de medir, pues "sobre holocausto ni una broma, no hay discusión posible, es un hecho incontestable" **(45)**, sin embargo, sobre otros genocidios la cosa cambia y se admite el debate.

En efecto, así es, y así se hizo precisamente en el *caso Garaudy c. Francia* de 2003 **(46)**, en el que un conocido escritor y filósofo, Roger Garaudy, fue condenado por publicar el libro *Los mitos fundadores de la política israelí*, donde defendió las tesis negacionistas del Holocausto, lo que le valió una condena en aplicación de la ley Gayssot por "negación de crímenes contra la humanidad" y "difamación racista". En esta sentencia, el TEDH consideró el recurso como inadmisible al considerar que negar la realidad del Holocausto, hecho histórico incuestionable, no constituye un trabajo de investigación histórica que guarde relación con una búsqueda de la verdad, sino rehabilitar el régimen nacionalsocialista y acusar a las víctimas de falsear la historia, siendo una de las formas más graves de difamación racial y de incitación al odio contra los judíos, incompatible con la democracia y los derechos humanos, con la que sus autores buscan objetivos que el art. 17 prohíbe.

Por el contrario, en el *Caso Perinçek c. Suiza* de 2015 **(47)**, el TEDH, sin plantear si quiera la posible aplicación del art. 17 CEDH, entró a evaluar la posible vulneración del art. 10, llegando a la conclusión de que la condena suiza del negacionista Dogu Perinçek, presidente del Parti-

(43) BILBAO UBILLOS, Juan María, "La negación del Holocausto...", ob. cit., p. 20.

(44) CEDH. Art. 17. Prohibición del abuso de derecho. "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo".

(45) Ibidem, p. 47.

(46) Caso Garaudy c. Francia, 24 de junio de 2003, N° 65831/01. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44357

(47) Caso Perinçek c. Suiza, de 15 octubre de 2015, N° 27510/08. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158235

do de los Trabajadores de Turquía, que impartió conferencias en Suiza exponiendo la tesis de que el genocidio armenio es un "infundio imperialista", parecía más una censura por expresar simplemente una opinión divergente.

Ya, previamente, en el *caso Lehidoux e Isorni c. Francia* de 1998 **(48)**, en el que a los colaboradores en su día del mariscal Petain se les condenó por apología de crímenes o delitos de colaboración, a raíz de la publicación en el periódico Le Monde de un anuncio publicitario contratado por dos asociaciones legalmente constituidas cuya finalidad era promover la rehabilitación de Petain, glorificando ciertos aspectos de la vida pública del antiguo Jefe del Estado francés, que fuera condenado a muerte tras la liberación en 1945, el TEDH no solo no aplicó la cláusula abusiva del art. 17, sino que consideró que la versión revisionista debía ser protegida por publicado no puede asimilarse con la literatura negacionista, pues, entre otras cosas, no niega la barbarie nazi y, por tanto, solo es una página de la historia francesa disponible a la crítica histórica, entendiendo la controversia saludable y llegando a la conclusión de que se produjo una violación del art. 10 CEDH. Ahora bien, esta sentencia no fue unánime contando con varios votos particulares disidentes.

En todo caso, como destaca Elósegui Itxaso, la preocupación por el negacionismo o por la justificación del Holocausto no es solo una cuestión de respeto a la memoria de sus víctimas, sino que también está relacionada con el resurgir de ataques racistas antisemitas en algunos países en las últimas décadas **(49)**.

Evidentemente, el TEDH no siempre afronta los supuestos de discurso de odio como una forma de abuso de derecho valiéndose del art. 17 CEDH, y así lo ha entendido en supuestos que no revisten la suficiente gravedad, o en aquellos en los que, aun estimando que pudiera ser aplicable esta doctrina del abuso del derecho, ha preferido acudir directamente al art. 10 CEDH **(50)**, pero, como bien manifiesta Alcacer Guirao, supone una incongruencia valorativa otorgar un trato más restrictivo al negacionismo que a la incitación al odio o a la discriminación, que, por regla general, pueden conllevar un mayor daño para el honor de las víctimas **(51)**. Pues "...si la razón por la que la negación del Holocausto puede ser prohibida es que tal negación es profundamente ofensiva para un grupo de personas, esa razón sería aplicable para muchos otros casos, y terminaríamos por reprimir un ámbito demasiado amplio de la libertad de expresión" **(52)**. Y es porque, efectivamente, entiende que el daño emocional que produce la negación del Holocausto no posee mayor lesividad para la democracia o los derechos fundamentales que el que generan determinados discursos de incitación a la violencia o a la discriminación, "sino más bien menor. Por ello, la aplicación de la cláusula de abuso de derecho al negacionismo resulta desproporcionada y valorativamente incongruente. De hecho, la aplicación directa del art. 17 CEDH a la libertad de expresión siempre será desproporciona-

(48) Caso Lehidoux e Isorni c. Francia, de 23 de septiembre de 1998, (55/1997/839/1045). [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62802

(49) ELÓSEGUI ITXASO, María, "La negación o justificación del genocidio como delito en el derecho europeo. Una propuesta a la luz de la recomendación N° 15 de la ECRI", Revista de Derecho Político nro. 98, enero-abril 2017, pp. 251-334, p 258.

(50) Caso Perinçek c. Suiza de 15 octubre de 2015, N° 27510/08, el demandado, Dogu Perinçek, presidente del Partido de los Trabajadores de Turquía, impartió conferencias en Suiza exponiendo la tesis de que el genocidio armenio es un "infundio imperialista". La Asociación Suiza-Armenia presentó denuncia y Perinçek fue condenado por "discriminación racial". El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la condena suiza de un negacionista es contraria a la libertad de expresión, y no habría incurrido en ningún abuso de derecho porque su discurso de por sí no induciría a discriminación racial. La sentencia final del TEDH alega entre sus apoyos una sentencia del TC español sobre caso de negacionismo del genocidio nazi. [Consulta 19 de febrero de 2022] en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158235

(51) ALCACER GUIRAO, Rafael, "Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH", Revista española de derecho constitucional, nro. 97, 2013, pp. 309-341, p. 338.

(52) FERRERES COMELLA, Victor, "Freedom of Expression in Political Context: Some Reflecions on the Case Law of the European Court of Human Rights", en SADURSKI (ed.), Political Rights under stress in 21Th Century Europe, 2006, pp. 84 y ss. Citado por ALCACER GUIRAO, Rafael, "Libertad de expresión...", op. cit., p. 340, nota 78.

da" **(53)**. El problema de identificar el discurso de odio como una modalidad de abuso del derecho es que se da por sentado que escapa del ámbito de protección del Convenio y que no necesita una valoración conforme a los criterios previstos para las restricciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, es decir, que, en estos casos, al Tribunal le resulta legítima la falta de valoración, estimando que el juez no necesita entrar a valorar el contexto social, ni probar el nexo causal entre el discurso racista emitido y sus efectos, así como el resultado lesivo, el riesgo y la peligrosidad **(54)**, dando por supuesto que su proscripción resulta legítima.

Quisiera terminar como empecé, mencionando que el sentimiento de animadversión o rechazo hacia una persona o grupo no está perseguido, que el odio en sí no es delito, sin embargo, la incitación al odio si lo es, aunque el efecto disuasorio de las leyes es limitado, pues el hecho de que los autores sean enjuiciados por ello les da notoriedad y acceso a los medios de comunicación de masas que usan como plataformas para emitir sus mensajes tergiversando su realidad de fanáticos en mártires **(55)**. Se plantea así que "el antídoto contra el odio no es en primera instancia el castigo, sino un debate público robusto, incluyente y abierto que exhiba estos discursos" **(56)**, pues, en palabras de Mayor Zaragoza, "No hemos de aspirar a eliminar los conflictos —que siempre existirán— sino intentar buscar juntos, con las manos unidas, fórmulas que faciliten su solución pacífica y eviten la violencia" **(57)**.

(53) ALCÁCER GUIRAO, Rafael, "Libertad de expresión...", ob. cit., p. 341.

(54) ELÓSEGUI ITXASO, María, "La negación o justificación...", ob. cit. p. 300.

(55) Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/67/357, 7 de septiembre de 2012. [Consultado el 19 de febrero de 2022] en: https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_02_2017.pdf donde se critica las regulaciones imprecisas que dan lugar a limitaciones desproporcionadas contra la libertad de expresión destacando que "Si bien es necesario que haya leyes que prohíban la incitación al odio de conformidad con las normativas internacionales de derechos humanos y su aplicación es necesaria para tratar el fenómeno de la expresión del odio, el sentimiento humano de odio no puede eliminarse prohibiéndolo por ley, y el efecto disuasivo de dichas leyes no es absoluto, ya que los autores de dicha incitación buscan ser enjuiciados para acceder a los principales medios de comunicación y así promover sus ideas", p. 30.

(56) Idem.

(57) MAYOR ZARAGOZA, Federico, "Supremacismo, autoritarismo y crisis de la democracia", Anuario CEIPAZ 2018-2019, p. 20.

Breve aproximación estadística sobre la incidencia de las leyes térmicas de la delincuencia en los delitos de homicidio cometidos en España

Cristina Cazorla González (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. Las leyes térmicas de la delincuencia: Fundamentos y principios básicos.— IV. Estacionalidad y homicidio.— V. La estacionalidad del homicidio en España. Fuentes estadísticas.— VI. Análisis de la estacionalidad del homicidio en España.— VII. Comunidad Autónoma de La Rioja y Ciudad Autónoma de Ceuta: Dos extremos para verificar la incidencia de las leyes térmicas de Quetelet a nivel regional.— VIII. Conclusiones.— IX. Referencias.

I. Resumen

Desde que Adolphe Quetelet formulara a mediados del siglo XIX sus célebres "leyes térmicas de la delincuencia" numerosos han sido los esfuerzos de criminólogos y geógrafos por comprender la incidencia de las condiciones atmosféricas la estacionalidad y el clima en el comportamiento humano y su posible relación con el delito. Este tipo de investigaciones, habituales en el mundo anglosajón, son ahora posibles en España gracias a los avances introducidos a través del Portal Estadístico de Criminalidad y la consulta *open access* de los Balances Trimestrales de Criminalidad. A través del presente trabajo se pretende evaluar de forma preliminar la incidencia del cumplimiento o no de las leyes térmicas de la delincuencia para los delitos de homicidio y asesinato en nuestro país. Asimismo se ofrece un estudio enfocado a las regiones autonómicas que mayor y menor tasa de criminalidad homicida registran, en aras de determinar si las conclusiones obtenidas a nivel nacional pueden extrapolarse a nivel regional, o por el contrario, se hallan otros patrones dignos de un estudio diferenciado.

II. Introducción

Que el clima afecta en mayor o menor medida al comportamiento humano es una premisa corroborada empíricamente desde múltiples disciplinas. BRUNSDON, CORCORAN, HIGGS y WARE (2009) reportan diversas investigaciones científicas que adveran la mentada asociación. En lo que al desarrollo de comportamientos delictivos respecta también la comunidad científica ha apostado por establecer una correlación clara en este sentido. Algunas de las investigaciones más recientes que la respaldan son, entre muchos otros, los trabajos de BRUNSDON *et al.*, (2009); BUSHMAN, WANG, y ANDERSON, (2005); COHN y ROTTON, (2000), etc. Esta relación se mantiene con independencia de la incidencia de otras variables tales como la relación entre agresor y víctima, edad del ofensor o el arma utilizada (JACOB, LEFGREN Y MORETI, 2007).

(*) Mtra. Cristina Cazorla González. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

Asimismo, merece la pena destacar que los estudios llevados a cabo se han centrado indistintamente tanto en la criminalidad violenta como la no violenta (BARON y BELL, 1976; COHN y ROTTON, 1997, 2000, 2003; HIPP, BAUER, CURRAN y BOLLEN, 2004). Más recientemente MISHRA (2014) refiere los hallazgos de SIMISTER y COOPER (2005) y JACOB, LEFGREN y MORETTI (2007) a la hora de exponer la correlación entre criminalidad violenta y temperaturas elevadas. Teniendo estas ideas presentes, en la actualidad las inquietudes intelectuales van más allá de la verificación de un extremo que se considera ampliamente consolidado. Así las cosas, CHEATWOOD (2009) distingue tres grandes áreas de interés para los criminólogos en relación a este asunto: 1) el tiempo atmosférico en sí mismo; 2) la estacionalidad y 3) el clima, áreas que han generado una vasta bibliografía durante las últimas décadas. Resultan múltiples las temáticas que orbitan sobre esta materia y su incidencia en el crimen. El trabajo de BRUDSON *et al.* (2009) tiene por objeto la incidencia de la climatología en el registro de llamadas a los cuerpos policiales. Por otro lado, también abundan estudios que se centran en fenómenos delictivos cada vez más específicos, como el trabajo de DOMÍNGUEZ (2013) sobre los efectos de la temperatura en la violencia doméstica.

Muchas de estas investigaciones proceden del mundo anglosajón. Sin embargo, ¿qué hay de nuestra propia literatura? ¿Puede en la actualidad realizarse una investigación de estas características centrada específicamente en el caso español? ¿Se cumplen las denominadas "leyes térmicas de la delincuencia" acuñadas por Quetelet en nuestro país? A través del presente artículo se pretende despejar esta incógnita, centrándonos en exclusividad en los delitos de homicidio y asesinato para el período 2015-2018 a raíz de los datos proporcionados por el Ministerio del Interior sobre el número de registros efectuados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para estas concretas modalidades delictivas. El homicidio es el crimen violento por antonomasia en todas las sociedades humanas por lo que su interés desde la perspectiva de las leyes térmicas de la delincuencia es incontestable. Para llevar a cabo este estudio se ofrecerá un breve marco teórico que proporcione al lector una base doctrinal que apuntale nuestro punto de partida. A continuación, se comentará brevemente algunas de las mejoras introducidas en los últimos años por el Ministerio del Interior a través del Portal Estadístico de Criminalidad. Posteriormente, se analizará el primer Informe sobre el homicidio publicado en España (2018) así como los Balances Trimestrales de Criminalidad publicados por dicho Ministerio en aras de determinar el estado actual de la cuestión, tanto para el país en general como para dos regiones en particular: la Comunidad Autónoma de la Rioja de un lado y la Ciudad Autónoma de Ceuta de otro, coincidiendo cada región con la menor y mayor tasa de criminalidad violenta respectivamente registrada. Finalmente se expondrán las principales conclusiones que se hayan obtenido tras su estudio. No obstante, de antemano conviene señalar las limitaciones que las mismas van a presentar por cuanto, se insiste, el propósito natural del presente artículo es simplemente reportar si en España puede *a priori* constatarse una cierta estacionalidad para los delitos contra la vida, pero no se pretende en ningún caso medir el impacto de otras variables que puedan interaccionar con los hallazgos reportados o, a partir de los datos obtenidos, acomodar esos resultados a las explicaciones teóricas formuladas por la doctrina para justificar o esclarecer las causas por las cuales esta estacionalidad es como es. Las pretensiones de este trabajo son de todo punto modestas, limitadas por su propia extensión y los propósitos a los que pretende servir. Aún así, se patentizan las progresivas mejoras que las Administraciones Públicas están acometiendo en la monitorización y seguimiento del delito en nuestro país y los nuevos horizontes que suponen para la investigación criminológica española.

III. Las leyes térmicas de la delincuencia: Fundamentos y principios básicos

Muchas de las hipótesis que imputaron directos efectos causales sobre la influencia que despliega el medio ambiente físico en el ser humano fueron formuladas durante el siglo XIX. Las primeras estadísticas nacionales para la medición del delito dataron de la Francia de 1827 (*Le Compte générale de l'administration de la justice criminelle en France*), las cuales informaban sobre el número de condenas aplicadas a los delincuentes y sobre sus características personales y sociales (GARRIDO GENOVÉS, 2013). Dichas estadísticas fueron analizadas por LAM-

BERT ADOLPHE JACQUES QUETELET (1796-1874), considerado como uno de los fundadores de la Escuela Cartográfica y precursor de la Criminología Ambiental (HIKAL, 2013), las cuales le sirvieron para presentar cuatro conclusiones fundamentales (QUETELET, 1842):

1. El crimen es un fenómeno social, no un acontecimiento meramente individual;

2. El crimen presenta una dimensión sorprendentemente constante y regular. El crimen se repite con una precisión mecánica, producto de leyes sociales que el investigador debe descubrir y analizar;

3. El delito es un evento que se desarrolla normalmente desde un punto de vista estadístico. El delito se configura como un fenómeno social, inevitable, necesario y constante;

4. El método adecuado para la investigación del delito es el método estadístico.

Además, Quetelet destacó la existencia de toda una serie de factores variados que intervenían en la producción del crimen tales como el clima, la pobreza, la miseria, el analfabetismo, etc. Precisamente a raíz de la asociación clima y delito formuló sus célebres "leyes térmicas de la delincuencia" las cuales pueden sintetizarse del siguiente modo "1ª Ley: En invierno se cometen más delitos contra la propiedad que en verano; 2ª Ley: Los delitos contra las personas se cometen fundamentalmente en verano; 3ª Ley: Los delitos sexuales ocurren con mayor frecuencia en primavera". (RODRÍGUEZ MANZANERA, 1979, p. 318; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2014, p. 435).

Para Quetelet las razones que explicaban estos principios estaban claras. Así, respecto de la ley primera, este autor consideraba que la situación de carestía y pobreza energética de las clases más desfavorecidas durante el invierno les empujaban a la comisión de delitos contra la propiedad, siendo esta la única manera de soportar tan cruentas condiciones de vida. En cuanto a la segunda ley, Quetelet aducía que el incremento de las temperaturas en verano excitaba las pasiones humanas, por lo que los individuos se volvían más irritables, lo que a su vez explicaba su mayor visceralidad en cuanto al trato interpersonal. Además, al ser los días más largos y disfrutar de más horas de luz solar, las personas intensificaban sus interacciones sociales lo que propiciaba desavenencias y conflictos que acaban en riñas, lesiones u homicidios. Por último, la tercera ley se asociaba a la necesidad de apareamiento del hombre con la finalidad de perpetuar la especie, manifestándose de la misma manera que la "época de celo" para los animales. Estas leyes son comentadas con mayor amplitud por HIKAL (2017), ORELLANA WIARCO (2007), RESTREPO FONTALVO (2002), REYES ECHANDÍA (1999) y RODRÍGUEZ MANZANERA (1979).

Sin embargo no fue este el único autor pionero en analizar las variaciones metodológicas en la comisión del delito. M. de Guerry de Champneuf, Director de Asuntos Penales en el Ministerio de Justicia francés entre 1821-1835 recopiló registros de diferentes tipos criminales cometidos en 86 departamentos de Francia en el período comprendido entre 1825 a 1830. GUERRY, citado por DOMÍNGUEZ (2013), afirma:

Está la influencia del clima, y está la influencia de la estación, porque mientras que los delitos contra las personas son siempre más numerosos en verano, los delitos contra la propiedad son más numerosos en invierno —así que de los delitos cometidos en el Sur, los delitos son mucho más numerosos que los delitos contra la propiedad, mientras que en el Norte los delitos contra la propiedad son, en la misma proporción, más numerosos que los delitos contra la persona. (p. 3) [Traducción propia].

También GARÓFALO (1885) se pronunció al respecto en su célebre obra "La Criminología: estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión":

En cuanto al clima, a las variaciones atmosféricas y a la temperatura, desde el momento en que todos los habitantes de una región están igualmente sometidos a ellas, es claro que su influjo no puede ser considerado, en la estadística comparada, sino como una de las causas de las diferencias entre la criminalidad de un país y la de otro. (...) Por lo demás, es imposible negar esta influencia cuando se tienen en cuenta las consideraciones geográficas apuntadas, o sea, que cada año se advierte en un mismo

país que el máximum de los delitos de sangre corresponde a los meses cálidos, mientras que el máximum de la criminalidad contra la propiedad corresponde a los meses de invierno. (pp. 144-146).

Muchos de los posteriores estudios llevados a cabo en Europa, Sudamérica y Estados Unidos han apoyado las tesis de Quetelet y Guerry y han permitido verificar la validez de las "leyes térmicas de la delincuencia". En este sentido, tanto FALK (1952) como DOMÍNGUEZ (2013) realizan una extraordinaria revisión sobre las investigaciones más citadas por la doctrina en relación a este campo que se desarrollaron a finales del siglo XIX y principios del XX. Todos estos primeros teóricos coincidieron además en la defensa de una relación lineal entre temperatura y criminalidad bastante sencilla de plasmar: a más temperatura más delito. Relación que actualmente no genera tanto consenso a nivel empírico puesto que también han proliferado investigaciones que pretenden validar como hipótesis una relación curvilínea para ambas variables. El estudio transcultural de Van de VLIERT, SCHWARTZ, HUISMANS, HOFSTEDE y DAAN (1999), a partir de una muestra de datos recogida en 136 países, concluyó lo siguiente:

La relación entre temperatura y violencia presenta la forma de una U invertida. Ello implica un incremento progresivo de la violencia en consonancia con el aumento de las temperaturas hasta llegar a los 24°C, momento a partir del cual el incremento de la temperatura provoca un decrecimiento en las tasas de violencia. (p. 297) [Traducción propia].

Tal y como de hecho expresan los autores del citado estudio, en los países con climas moderados se registraron tasas superiores de violencia en comparación a las registradas en los países fríos. Asimismo, estos países con climas moderados registraron mayores niveles de agresividad respecto de aquellos países extremadamente cálidos, en los que se detectó una disminución de la violencia (VAN DE VLIERT, 1999). Es decir, siguiendo el planteamiento de Van de Vliert y sus asociados son en los países con temperaturas moderadamente cálidas donde se concentrarían las mayores tasas de agresividad interpersonal. Esta relación ha sido también observada en el estudio de HORROCKS y MENCLOVA (2011) llevado a cabo en Nueva Zelanda. En idéntico sentido el estudio de GAMBLE y HESS (2012) citado en MAVROUDEAS *et. al* (2018), quienes examinaron los efectos de la temperatura en los crímenes violentos en Dallas (Texas) desde 1993 a 1999. HARRIES and STANDLER (1988), por el contrario consideraron que no existe un efecto curvilíneo entre temperatura y agresión, incluso en supuestos de calor extremo. Rechazan igualmente estos hallazgos ANDERSON y ANDERSON (1984), citados en MISHRA (2015), para quienes esta asociación podría ser un mero artefacto experimental, dado que las manipulaciones de la temperatura eran extremadamente obvias para los sujetos. Por su parte BUSHMAN *et. al.* (2005) y SIMISTER y COOPER (2005) concluyen de forma contundente el aumento de la violencia cuanto más elevada sea la temperatura que se haya registrado. También MISHRA (2014) rebate esta supuesta relación curvilínea:

En el caso de la ciudad de Allahabad, la temperatura de 25°C parece ser un punto de inflexión revelando un incremento de la delincuencia paralelo al progresivo aumento de las temperaturas. Por tanto el presente estudio rechaza la hipótesis curvilínea de que, después de un punto determinado, la tasa de delincuencia disminuya con un aumento adicional de la temperatura. (p. 41) [Traducción propia].

No obstante, las investigaciones no se han centrado exclusivamente en el análisis de la temperatura, por cuanto el desarrollo exponencial de los registros meteorológicos permite extender el examen a otras muchas variables atmosféricas: nivel de precipitaciones, humedad, viento, etc. La interrelación de todas estas matrices es clave para ofrecer una respuesta global sobre la verdadera incidencia del clima en el crimen y el comportamiento violento puesto que es evidente que la temperatura interactúa de forma simultánea con todas estas condiciones atmosféricas lo que exige estudios cada vez más complejos y sofisticados.

Sin embargo, no se detienen en este punto las dificultades para abordar de forma plena esta materia. Otro factor que merece una especial atención reside en la valoración que cada persona formula sobre las condiciones atmosféricas o físicas dadas. Como ya se ha expuesto en líneas previas, los criminólogos tienden a acep-

tar la incidencia del clima (temperatura, humedad, presión, etc.), con cambios a corto plazo en la delincuencia, asociando positivamente el calor con un incremento de la criminalidad, y negativamente cuando las temperaturas decaen o el tiempo se vuelve desagradable (JACOB, LEFGREN, y MORETTI, 2007 citados en MAMAYEK, 2013). Pero, puede ¿objetivarse la sensación de calor que subjetivamente percibe cada individuo en un momento dado? Ante idénticas temperaturas, dos sujetos pueden perfectamente valorar térmicamente dicha situación de forma distinta, afectarles de forma distinta, y en consonancia, comportarse de forma diferente ante equivalentes situaciones basales. Para uno de ellos puede hacer demasiado calor, para el otro, una temperatura agradable. También han de tenerse en cuenta otras variables que repercuten sobre esta percepción, como la actividad que se desea llevar a cabo o la vestimenta que porta cada sujeto (MAMAYEK, 2013).

En otro orden de cosas, tampoco es pacífico el debate sobre el porqué de esta relación, ni la naturaleza directa o indirecta de sus efectos. Así las cosas son varios los modelos teóricos que se han planteado para explicar esta asociación:

De este modo, para cierto sector de la comunidad científica el modelo teórico propuesto por Quetelet conservaría su vigencia. El incremento de la temperatura conduciría a una mayor irritabilidad y ello provocaría a su vez un aumento de las acciones violentas, especialmente para aquellas personas que presentan una alta sensibilidad al calor. Esta teoría ha recibido diversos nombres, desde la "teoría del calor" o "teoría general de la agresión". El estudio de ANDERSON y ANDERSON (1984) se ha consagrado como una de las investigaciones que más apoyan este planteamiento.

Para otro sector en cambio, la "teoría de las actividades rutinarias" propuesta por COHEN y FELSON (1979) sería la tesis más sólida que permitiría explicar la variación estacional del delito. Desde esta perspectiva, la teoría de las actividades rutinarias contemplaría la temperatura como uno de los múltiples factores que afectan a las rutinas de las personas. Así las cosas, cuando el tiempo se vuelve extremadamente caluroso o frío, las personas tenderían a alterar sus hábitos o las actividades que previamente habían programado, y con ello se incrementaría o disminuiría la posibilidad de convertirse en una víctima potencial para según qué fenómenos delictivos. Simplemente, durante el verano y en las zonas más cálidas las personas tenderían a concentrarse en lugares públicos, festivales, calles, plazas etc. incrementándose las oportunidades para el surgimiento de posibles situaciones infractoras o de agresión entre los individuos (VOZMEDIANO y SAN JUAN, 2010). Entre algunas de las investigaciones que más apostado por esta tesis cabe mencionar las llevadas a cabo por COHN y ROTTON (1997, 2000, 2003), HIPP *et. al.* (2004) y McCLEARY y CHEW (2002).

Por último, una de las propuestas más comentadas y citadas por la doctrina (ANDERSON, 1989) es el denominado "modelo de escape de efecto negativo" (NAE). Dicha teoría fue formulada por BARON y BELL (1976). De acuerdo a este modelo, los efectos negativos derivados del incremento de las temperaturas (esto es, la mayor susceptibilidad, irritabilidad e incomodidad) generarían un incremento de las acciones violentas, pero solo hasta cierto punto, por cuanto a partir de ese momento el sujeto estará más interesado paliar, "escapar" de los efectos negativos que comporta esa situación de calor extremo, que en continuar en esa escalada de agresividad. Esta teoría hipotetiza por tanto una relación curvilínea para el binomio "temeratura-criminalidad violenta". No obstante, para una revisión literaria más exhaustiva de las diferentes posturas doctrinales y sus apoyos empíricos nos remitimos, entre otros, a los trabajos de CHEATWOOD (2009), DOMÍNGUEZ (2013), MAMAYEK (2013) y MAVROUDEAS *et al.* (2018).

IV. Estacionalidad y homicidio

A lo largo de estas páginas se ha llevado a cabo una breve revisión literaria de los orígenes de la investigación criminológica sobre los efectos del clima en el comportamiento humano, centrándonos en mayor medida en la especial incidencia de la temperatura, debido al histórico tratamiento que ha recibido por parte de la literatura científica más autorizada. No obstante, la temperatura es tan solo uno de los valores más significativos que caracterizan las condiciones atmosféricas de un determinado espacio geográfico, pero desde luego no abor-

dan con plenitud los múltiples factores que definen una estación. Los períodos estacionales, al fin y al cabo, suponen el mantenimiento de las condiciones climáticas imperantes en una determinada región durante un cierto período de tiempo y con una duración aproximada de tres meses. Deviene por tanto esencial diferenciar de forma nítida ambos conceptos cuando se realiza una investigación de estas características para asegurar la corrección de las inferencias que se formulen.

En línea con lo anterior, y como ya se ha advertido más arriba, Quetelet se ha convertido en uno de los primeros teóricos en identificar unos patrones estacionales para el delito, asociando una mayor tasa de delitos violentos para los períodos estivales de verano. Sin embargo, desde la literatura esta asociación dista de presentarse con claridad. Así las cosas, para COHN (1990):

...aunque a pesar de que Perry y Simpson afirmen en su revisión literaria que "la ratio de homicidios... es superior para los meses más cálidos" (p. 79), los hallazgos para los ciclos mensuales y estacionales no son consistentes con la defensa de este planteamiento (p. 286).

Por su parte FALK (1952) en su trabajo titulado "Influencia de la estacionalidad en la ratio de criminalidad" concluye:

Aunque los delitos contra las personas alcanzan constantemente su frecuencia máxima en verano, estos no siempre aumentan o disminuyen de acuerdo a variaciones en las temperaturas, como lo demuestra el hecho de que para el homicidio se registran unas mayores tasas en diciembre que en junio y agosto (p. 212).

En cambio, otras investigaciones sí han defendido la existencia de una relación en este sentido. Así, MICHAEL y ZUMPE (1983) han hallado una relación positiva entre la temperatura media anual y la media de anual de homicidios. DeFRONZO (1984) también encontró una asociación positiva entre el número total de homicidios y el número de "días calurosos" en su estudio. Por tanto y tal y como expone ampliamente MAMAYEK (2013) la literatura evidencia hallazgos contradictorios en relación a esta cuestión.

V. La estacionalidad del homicidio en España. Fuentes estadísticas

Si descendemos propiamente a la realidad española la posibilidad de llevar a cabo investigaciones de este tipo han estado vedadas hasta no hace mucho tiempo debido a la deplorable calidad y la opacidad de las estadísticas oficiales, cuestión que ha sido criticada ampliamente por la doctrina (AEBI y LINDE, 2010 y FERNÁNDEZ MOLINA, 2013). Tal y como se ha tenido ocasión de reportar extensamente en la primera parte de este artículo estas investigaciones son, de otro lado, temáticas clásicas en muchos otros países los cuales llevan desarrollando trabajos de este tipo desde hace décadas. No obstante, en la actualidad las fuentes oficiales para la medición de la criminalidad han sufrido importantes modificaciones cuantitativas y cualitativas. Las mejoras introducidas por el Ministerio del Interior en la presentación de las denominadas estadísticas policiales son incontestables debido la pluralidad de recursos con los que cuenta el investigador para nutrirse de diversas matrices y unidades de análisis que hasta hace no mucho tiempo se antojaban inaccesibles. El Portal Estadístico de Criminalidad se configura como una poderosa herramienta que permite al usuario acceder directamente a múltiples y variadas matrices, pudiendo confeccionar estadísticas muy precisas perfectamente ajustadas al objeto de la investigación que se esté llevando a cabo.

Dicho Portal se divide en dos grandes bloques:

- Un primer bloque que reporta información sobre *Series Anuales*, con información disponible a partir del año 2010.

- Un segundo bloque que reporta información sobre *Balances Trimestrales de Criminalidad*, con información disponible a partir del año 2016.

Es precisamente el segundo bloque conformado por los Balances Trimestrales de Criminalidad lo que va a permitir monitorizar la evolución estacional del homicidio en nuestro país. Dichos Balances se incorporaron plenamente al Portal Estadístico de Criminalidad en 2016, pues con anterioridad a dicho año el usuario solo podía acceder a los informes trimestra-

les que publicaba el Ministerio del Interior, pero sin acceso real a las matrices de datos. Los Balances Trimestrales de Criminalidad reportan los valores acumulados de las infracciones penales registradas divididas en cuatro trimestres, a saber:

- Balance de Criminalidad. Primer Semestre [enero-marzo];

- Balance de Criminalidad. Segundo Semestre [enero-junio];

- Balance de Criminalidad. Tercer Semestre [enero-septiembre];

- Balance de Criminalidad. Cuarto Semestre [enero-diciembre].

Esta división trimestral será la que se tomará como referencia en cuanto a la determinación de los distintos períodos estivales de tal punto que el análisis se planteará en los siguientes términos: invierno (enero-marzo); primavera (abril-junio); verano (julio-septiembre); otoño (octubre-diciembre). Por su parte en cuanto a las unidades de análisis disponibles vinculadas a los delitos de homicidio y asesinato pueden destacarse las siguientes "Homicidios dolosos y asesinatos consumados" y "Homicidios dolosos y asesinatos en grado de tentativa".

Estos Balances reportan asimismo información sobre diferentes niveles territoriales, convirtiéndose en una herramienta muy útil para descender a la realidad criminal de cada región y esbozar mapas térmicos de criminalidad. Así las cosas, puede obtenerse información trimestral tanto a nivel estatal, como comunitario, provincial e incluso local para aquellas poblaciones superiores a 30.000 habitantes. Sin embargo no es esta la única fuente de información disponible por cuanto el pasado año se publicó el primer Informe sobre el Homicidio en España (2010-2012) el cual también reporta interesantes cuestiones sobre la estacionalidad de este fenómeno criminal en nuestro país. No obstante, debido precisamente al período objeto de análisis su comentario se realizará lógicamente en primer lugar.

Serán pues estas las fuentes sobre las que se llevará a cabo el presente estudio.

VI. Análisis de la estacionalidad del homicidio en España

Como se acaba de adelantar *supra,* la primera referencia que podemos tomar para comprobar si en España existe una relación entre estacionalidad y homicidio se encuentra en el Informe sobre el Homicidio publicado el pasado año por el Ministerio del Interior. Dicho informe ha sido coordinado por el Gabinete de Coordinación y Estudios y en su elaboración han colaborado instituciones públicas diversas tales como Policía Nacional, Guardia Civil, la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE), etc. En lo que al objeto de nuestro estudio interesa, el mentado trabajo reveló las siguientes conclusiones:

- El 23.73% de los homicidios se registraron en invierno (enero a marzo);

- El 25.95% de los homicidios se registraron en primavera (abril a junio);

- El 28.48% de los homicidios se registraron en verano (julio a septiembre);

- Y por último, el 21.84% de los homicidios se registraron en otoño (octubre a diciembre).

Por tanto, el Informe sobre el homicidio en España para el período 2010-2012 confirma la estacionalidad parcial de este evento criminal (2018:23). Y es que, tal y como pronostican las leyes térmicas de la delincuencia, en verano se produjeron el 28.48% de los homicidios registrados (la mayor ratio). Sin embargo, el pico más acusado se produjo durante el otoño, con una tasa del 21.84%, computándose un descenso del 1.89% respecto del porcentaje registrado en invierno.

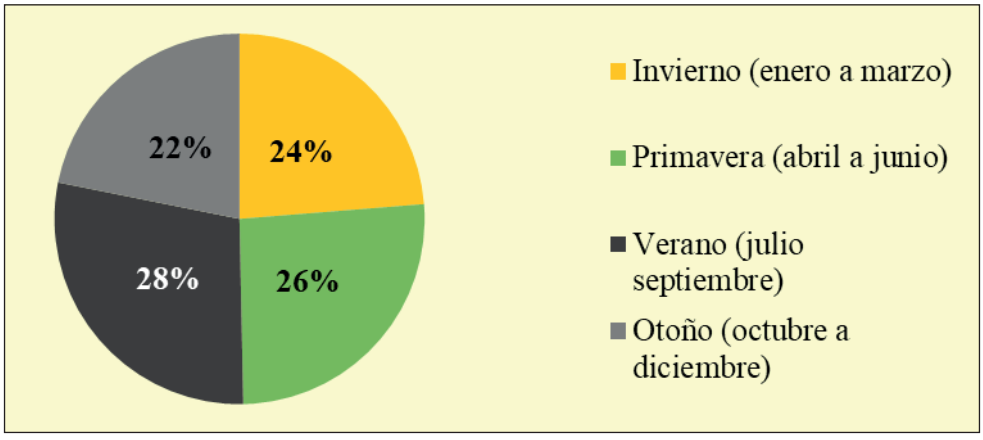


Figura 1. Distribución porcentual de los homicidios en España por estaciones (2010-2012). Fuente: Elaboración propia a partir del Informe del Homicidio en España 2010-2012.

Desde el punto de vista mensual, la distribución queda como a continuación se expone:

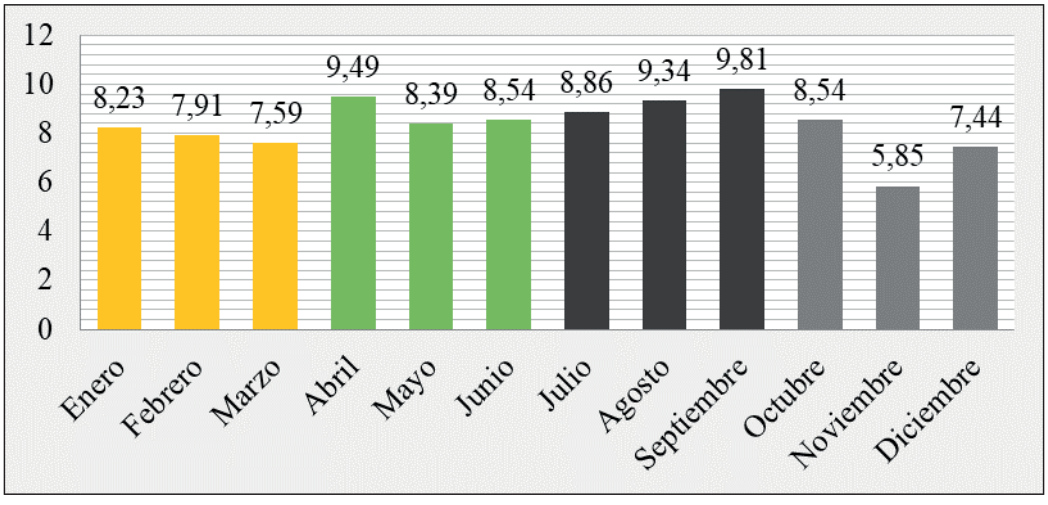


Figura 2. Porcentaje de homicidios mensuales en España (2010-2012). Fuente: Informe del Homicidio en España 2010-2012.

Según reporta el mentado informe, los autores detectaron un promedio mensual de 18 casos de homicidio (2018:23). Como puede colegir el lector, los meses con mayor tasa de homicidios se concentraron en septiembre (9.81%) y abril respectivamente (9.49%). Los meses con menos homicidios por el contrario se correspondieron con los meses de noviembre (5.85%) y diciembre (7.44%). Esta es la única referencia mensual sobre el delito de homicidio en España. Las mejoras introducidas en el Portal Estadístico de Criminalidad no permiten al usuario la consulta directa de estas matrices, por lo que a fecha de los corrientes esta es la única fotografía fija que puede reportarse sobre este extremo.

De otro lado, y teniendo en cuenta que el Portal Estadístico de Criminalidad reporta información sobre esta cuestión a partir del año 2015, será este el año que se tome como punto de parti-

da para determinar si las conclusiones que arrojó el Informe sobre el homicidio para el período 2010-2012 se mantienen, o si por el contrario se han detectado algunas alteraciones significativas dignas de ser comentadas. Así las cosas, la evolución de los delitos de homicidio y asesinato cometidos en España a la luz de los datos reportados por los Balances Trimestrales de Criminalidad queda como sigue:

Tabla 1. *Delitos de homicidio y asesinato cometidos en España (2015-2018)*

Año	Estación	Homicidios dolosos y asesinatos consumados	Homicidios dolosos y asesinatos en grado de tentativa	Total	Total %	T. Cº
2015	Invierno	66	-	66	21.85%	8.63ºC
	Primavera	59	-	59	19.54%	18.73ºC
	Verano	89	-	89	29.47%	23.6ºC
	Otoño	88	-	88	29.14%	12.6ºC
	Total	**302**	**-**	**302**	**100%**	**15.89ºC**
2016	Invierno	72	159	231	20.90%	9.6ºC
	Primavera	76	218	294	26.60%	17.07ºC
	Verano	79	226	305	27.60%	24.26ºC
	Otoño	65	210	275	24.89%	12.27ºC
	Total	**292**	**813**	**1.105**	**100%**	**15.80ºC**
2017	Invierno	78	217	295	26.65%	9.7ºC
	Primavera	74	224	298	26.91%	19.33ºC
	Verano	88	222	310	28.00%	23.47ºC
	Otoño	68	136	204	18.43%	12.37ºC
	Total	**308**	**799**	**1.107**	**100%**	**16.22ºC**
2018	Invierno	73	171	244	22.45%	8.4ºC
	Primavera	72	183	255	23.46%	17.13ºC
	Verano	82	226	308	28.33%	24.67ºC
	Otoño	62	218	280	25.76%	12.17ºC
	Total	**289**	**798**	**1.087**	**100%**	**15.59ºC**

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos suministrados por los Balances Trimestrales de Criminalidad: https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/dynPx/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/DatosBalanceAnt/&file=pcaxis y la Agencia Estatal de Meteorología: http://www.aemet.es/es/serviciosclimaticos/vigilancia_clima/resumenes?w=0&datos=0&n=1

Antes de comentar en profundidad los hallazgos encontrados conviene realizar unas pequeñas matizaciones metodológicas. En primer lugar, ha de comenzarse exponiendo que el año 2015 es el único año para el cual no consta ningún tipo de información sobre la variable "homicidios dolosos y asesinatos en grado de tentativa", puesto que los datos referidos a dicho año se han recupe-

rado de los Balances del año 2016, dado que los Balances Trimestrales de Criminalidad siempre reportan información tanto del año en curso como del año inmediatamente anterior. Es por ello por lo que sí se han podido volcar los datos para esta variable "homicidios y asesinatos en grado de tentativa" para el año 2016 a partir de la estadística del año 2017. Es precisamente, a partir de 2017 cuando se incorporan nuevas unidades de análisis susceptibles de ser consultadas por el usuario, entre ellas, la recién comentada. De otro lado, también es importante señalar que los comentarios se referirán a los sumatorios totales para las diferentes estaciones sin aludir a los resultados obtenidos para los homicidios consumados respecto de los ejecutados en grado de tentativa. La razón de ello es bastante sencilla y es que los sumatorios de ambas variables reflejan en definitiva el impulso criminal de comisión del hecho delictivo, siendo irrelevante la consumación del mismo (que por lo demás, puede obedecer a múltiples causas, tales como una rápida asistencia de los servicios sanitarios a la víctima o la intervención de terceras personas que evitasen que el sujeto consumase su propósito criminal). Por último ha de advertirse que si el lector colige manualmente los datos objeto de estudio, debido a la duplicidad comentada, los Balances Trimestrales de Criminalidad presentan mínimos desajustes internos en algunos trimestres que no son significativos y no alteran las conclusiones presentadas.

De otra parte, en cuanto a la temperatura que figura en la Tabla 1, esta se corresponde con la temperatura media estacional la cual se ha calculado gracias a los diferentes resúmenes climatológicos mensuales que reporta la Agencia Estatal de Meteorología (disponible en el servidor web del Ministerio para la Transición Ecológica) de la siguiente manera:

- Media estacional para el período de invierno: Calculada a partir de las medias mensuales de los meses de enero, febrero y marzo de los años respectivos;

- Media estacional para el período de primavera: Calculada a partir de las medias mensuales de los meses de abril, mayo y junio de los años respectivos;

- Media estacional para el período de verano: Calculada a partir de las medias mensuales de los meses de julio, agosto y septiembre de los años respectivos;

- Media estacional para el período de otoño: Calculada a partir de las medias mensuales de los meses de octubre, noviembre y diciembre de los años respectivos.

Expresadas todas estas consideraciones, a partir de los datos recogidos en la Tabla 1 pueden extractarse las siguientes conclusiones:

Salvo en la primavera de 2015 en la que se recogieron 59 casos de homicidio/asesinatos consumados y en otoño de 2017 para el resto de la serie histórica el período de menor criminalidad violenta para estas dos modalidades delictivas registradas se corresponde con el período invernal (meses de enero a marzo). En la primavera de 2015 se registró un 2.31% menos de homicidios/asesinatos respecto del período de invierno (21.85%). La primavera de 2015 además presentaba una temperatura media significativamente superior (18.73°C) a la registrada en invierno (8.63°C). Sin embargo, es aventurado concluir que este hecho suponga un rechazo a las leyes térmicas de delincuencia para los delitos de homicidio y asesinato durante el año 2015 por cuanto es perfectamente plausible que dichos datos experimentasen modificaciones si se conocieran los casos de homicidios dolosos y asesinatos en grado de tentativa registrados. Estos últimos son mucho más numerosos y ofrecen rangos más amplios que permiten una alteración sustancial de los resultados globales. De otro lado, en cuanto al año 2017 se registraron durante el otoño 204 ataques homicidas (91 menos lo que supuso un descenso porcentual de 8.22% puntos) respecto del invierno de dicho año (295 atentados). La temperatura durante el otoño resultó 2.67°C de media más elevada que durante el invierno.

Sin embargo, durante los años 2016 y 2018 el período invernal coincide con el menor número de homicidios registrados. Es en este período estival donde además se registra una menor temperatura, tanto en 2016 (9.6°C), como en 2018 (8.4°C) por lo que para dichos años sí que cumple la previsión anunciada por Quetelet.

Por otro lado, la relación parece cumplirse de forma mucho más diáfana para el período de verano. Durante toda la serie histórica se cometen más agresiones contra la vida durante este período. En verano de 2015 se cometieron 89 atentados contra la vida consumados (29.47%) frente a los 88 registrados en otoño (29.14%). Sin embargo, en este punto deben reiterarse las cautelas advertidas con anterioridad por cuanto se desconoce si esta relación se mantendría de conocerse en volumen de registros para supuestos no consumados dada la irrisoria distancia que los separa (apenas 0.33 puntos porcentuales).

Si se comprueba la temperatura media registrada para la estación de verano, esta ha sido la estación más cálida para los diferentes años que componen la serie histórica, cumpliéndose en este punto de forma plena las leyes térmicas de la delincuencia y la asociación entre criminalidad violenta y temperatura elevada en nuestro país. No obstante, es importante advertir que el período otoñal no ha sido la segunda estación más cálida sino la tercera, con una media de alrededor de 12.35°C de temperatura frente a los 18.07°C de media registrados en primavera (segunda estación más cálida).

Esta situación no difiere tanto de la reportada en el Informe del Ministerio del Interior que analizó el homicidio para la serie histórica 2010-2012. Si se compara la situación reportada en dicho informe respecto a la actual pueden apreciarse los siguientes matices:

- Para la serie histórica, 2010-2012, el período estival con menor tasa de homicidios y asesinatos tuvo lugar en otoño. En la serie histórica recién presentada (2016-2018), el otoño arroja resultados variados. En este punto se prescinde de comentar los valores reportados para el año 2015 debido a las cuestiones metodológicas apuntadas más arriba. Efectuada esta advertencia, durante el año 2016 fue la tercera estación con menor índice de homicidios, en 2017 se registró la cifra más baja para dicho año y en cambio para 2018 escaló hasta la segunda posición en cuanto a la segunda estación con más atentados contra la vida registrados. El otoño por otro lado es la tercera estación más cálida, o dicho de otro modo, la segunda estación más fría registrándose una temperatura media de 12.27°C. En este punto por tanto, no se cumplen las leyes térmicas de la delincuencia.

- Ambas series históricas, 2010-2012 y 2016-2018 coinciden en presentar mayores tasas de homicidios y asesinatos durante el verano. En este punto se da una coincidencia plena respecto de las leyes térmicas de la delincuencia.

- Asimismo, una interpretación conjunta de sendas series permite constatar una cierta estabilidad estacional de los delitos de homicidio en nuestro país. Así las cosas, durante los años 2010-2012 el orden de mayor a menor ratio de crímenes de homicidio registrado resultó el siguiente: 1) Verano; 2) Primavera; 3) Invierno y 4) Otoño. Orden que igualmente se mantiene para la serie histórica 2016-2018.

En este sentido, la fotografía que se obtiene de la suma de los porcentajes mensuales reportados por el Informe sobre el homicidio para el período 2010-2012 es la siguiente:

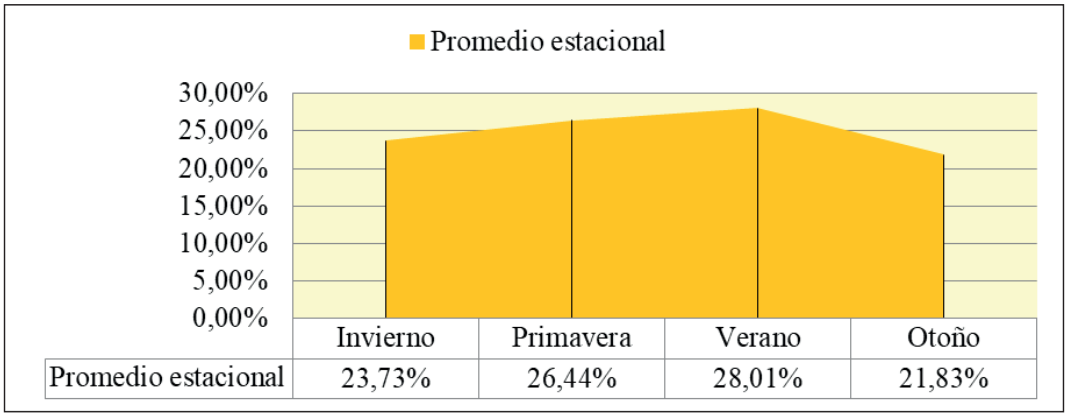


Figura 3. Porcentaje de homicidios mensuales en España (2010-2012). Fuente: Elaboración propia a partir de los datos reportados por el Informe del Homicidio del Ministerio del Interior.

Asimismo, la fotografía que se obtiene reportando la media de los valores obtenidos durante los años 2016-2018 para cada período estacional evidencia el siguiente patrón estacional:

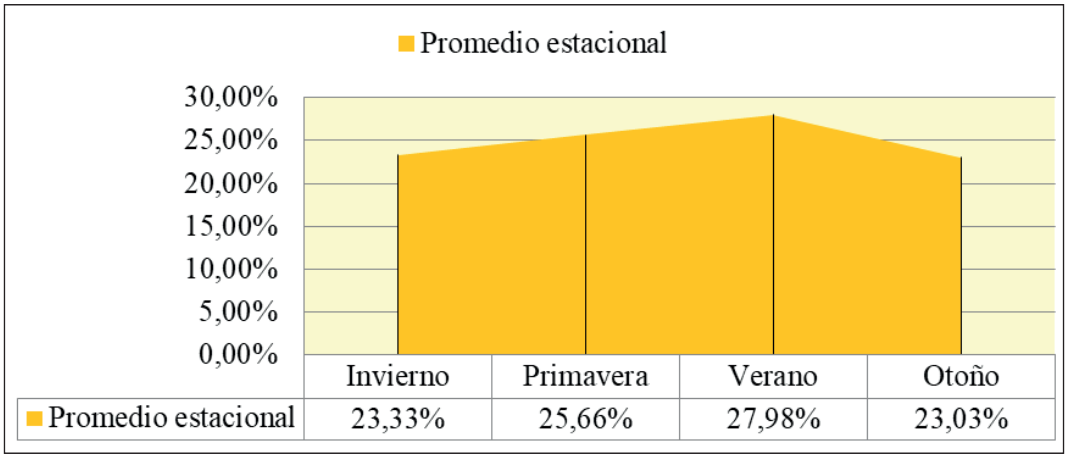


Figura 4. Porcentaje de homicidios mensuales en España (2016-2018). Fuente: Elaboración propia.

Como puede colegir el lector, a pesar de las sutiles diferencias existentes entre ambos períodos objeto de análisis el patrón estacional es el mismo. La diferencia principal vendría por el incremento de los homicidios en otoño respecto del período anterior, pero aun así, ese crecimiento no ha sido suficiente como para alterar el patrón obtenido para la serie 2010-2012. Sin embargo y en relación a esta cuestión es importante tener en cuenta el impacto que ha supuesto el año 2017, por cuanto durante el otoño de dicho año se registró un marcado descenso de los atentados contra la vida respecto del período invernal lo cual ha afectado a los resultados medios obtenidos. Y es que si no se hubiese producido un descenso tan marcado, esta segunda gráfica hubiese arrojado un desplazamiento estacional de la criminalidad que convertiría al período invernal en la estación con menor tasa registrada, teniendo en cuenta además la diferencia de 0.30 puntos porcentuales que separan sendos períodos. Es por este motivo por lo que deviene esencial reiterar este tipo de estudios en los años venideros en aras de determinar si este es realmente el patrón estacional para los delitos de homicidio en España o si por el contrario se han

producido variaciones. Téngase presente que a la luz de los resultados obtenidos puede acreditarse un cumplimiento parcial de las leyes térmicas de la delincuencia, por cuanto si bien es cierto que durante el verano se detecta un incremento significativo de este tipo de delitos coincidiendo con el período estival más cálido, el razonamiento no es extrapolable en el sentido opuesto, ya que a pesar de que en invierno se registren las temperaturas medias más frías del año, esta no es la estación que paralelamente computa menos ataques contra la vida, siendo el otoño la estación con menor tasa de criminalidad homicida violenta registrada. Es por ello por lo que han de llevarse a cabo posteriores estudios para comprender mejor la evolución estacional de los homicidios y asesinatos en nuestro país.

VII. Comunidad Autónoma de La Rioja y Ciudad Autónoma de Ceuta: dos extremos para verificar la incidencia de las leyes térmicas de Quetelet a nivel regional

No obstante, las funcionalidades que presentan los Balances Trimestrales de Criminalidad no se agotan en este punto, por cuanto también se puede llevar a cabo un estudio más pormenorizado y sectorial, con el fin de incrementar su precisión al tiempo que atender a las concretas particularidades climatológicas de la geografía española. Ello no solo enriquece la presente investigación sino que, de otra parte, ejemplifica de manera diáfana algunas de las múltiples posibilidades que se le presentan al investigador. Por ello, a continuación se procederá a la comprobación de la validez de las leyes térmicas de la delincuencia para los delitos de homicidio en las Comunidades y Ciudades Autónomas que mayor y menor tasa han registrado para este espectro criminal durante el período 2016-2017. Así, la selección de las concretas regiones se ha llevado a cabo a partir de los datos reportados por el Instituto Nacional de Estadística, que calcula la tasa de homicidio por cada 100.000 personas arrojando los siguientes resultados:

Tabla 2. *Tasa de homicidios en España 2010-2017*

	2011	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**
Total	0,82	0,78	0,65	0,70	0,65	**0,63**	**0,66**
Andalucía	1,02	0,81	0,77	0,82	0,77	**0,81**	**0,58**
Aragón	0,45	0,45	0,52	0,38	0,68	**0,61**	**0,61**
Asturias, Principado de	0,84	0,56	0,75	0,66	0,38	**0,58**	**0,49**
Balears, Illes	1,10	0,45	0,90	1,07	0,71	**0,79**	**0,35**
Canarias	0,82	0,72	0,62	0,57	0,94	**0,98**	**0,92**
Cantabria	0,34	0,17	0,68	0,51	0,51	**0,00**	**0,52**
Castilla y León	0,79	0,59	0,76	0,56	0,37	**0,45**	**0,54**
Castilla - La Mancha	0,38	0,81	0,72	0,77	0,63	**0,54**	**0,59**
Cataluña	1,01	0,99	0,58	0,77	0,57	**0,73**	**0,87**
Comunitat Valenciana	0,92	1,02	0,64	0,65	0,97	**0,61**	**0,83**
Extremadura	0,91	1,18	0,64	0,37	0,09	**0,65**	**0,75**
Galicia	0,51	0,58	0,54	0,73	0,70	**0,44**	**0,48**
Madrid, Comunidad de	0,72	0,75	0,58	0,64	0,47	**0,51**	**0,60**
Murcia, Región de	0,68	0,68	0,34	0,55	0,82	**0,82**	**0,95**
Navarra, Comunidad Foral de	0,78	0,31	0,63	0,16	0,47	**0,16**	**1,25**
País Vasco	0,55	0,55	0,60	0,46	0,51	**0,28**	**0,23**

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Rioja, La	0,62	0,31	0,00	0,96	0,32	**0,00**	**0,00**
Ceuta	4,82	0,00	2,37	7,09	1,18	**4,72**	**1,18**
Melilla	0,00	4,84	1,20	3,57	1,18	**1,18**	**0,00**

Fuente: INE: https://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t00/ICV/Graficos/dim6/l0/&file=611G2.px&type=pcaxis&L=0.

En este sentido, se excluye expresamente de este estudio los datos reportados durante el año 2015 dadas las consideraciones metodológicas advertidas en páginas previas ya que para dicho año tan solo constan los homicidios y asesinatos consumados, frente a los años posteriores en los que ya se computa con normalidad tanto los atentados consumados como los ejecutados en grado de tentativa. De otro lado, no puede llevarse a cabo el análisis relativo al pasado año 2018, debido a que todavía no se encuentra disponible la tasa anual reportada para el mismo al no figurar este extremo ni en los Anuarios Estadísticos de Criminalidad que publica el Ministerio del Interior ni en las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística. A partir del cálculo de la media de la tasa de las distintas Comunidades Autónomas para el período 2016-2017 se han obtenido a su vez los siguientes resultados:

Tabla 3. *Tasa media de homicidios en España 2016-2017*

Comunidades Autónomas	2016-2017
TOTAL	0,65
Andalucía	0,70
Aragón	0,61
Asturias, Principado de	0,53
Balears, Illes	0,57
Canarias	0,95
Cantabria	0,26
Castilla y León	0,49
Castilla - La Mancha	0,56
Cataluña	0,80
Comunitat Valenciana	0,72
Extremadura	0,70
Galicia	0,46
Madrid, Comunidad de	0,56
Murcia, Región de	0,88
Navarra, Comunidad Foral de	0,70
País Vasco	0,25
Rioja, La	**0,00**
Ceuta	**2,95**
Melilla	0,59

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos reportados por el INE

Llegados a este punto debe recordarse el propósito inicial del presente artículo cual es un estudio estadístico aproximado sobre la incidencia de las leyes térmicas de la delincuencia. Aunque suene reiterativo la advertencia no es ociosa. Un examen más detallado sobre la validez y el impacto que las mismas despliegan en cada territorio encierra múltiples cuestiones que no deben ser olvidadas por el investigador. Así las cosas, debe tenerse presente cómo la variedad orográfica y geográfica del país condiciona su diversidad climática. La península se encuentra en una zona templada, no teniendo características climáticas homogéneas. Las regiones que presentan la mayor y menor tasa de criminalidad presentan una condiciones climatológicas muy distintas. También se ha de advertir que el parámetro que se ha utilizado para la selección de estas dos regiones ha sido la tasa de homicidios por cada 100.000 habitantes lo que no significa que estas regiones sean las más habitadas del país. El nivel de densidad demográfica de la región que se desea estudiar es esencial para determinar la robustez de los hallazgos, pues es evidente que si en las áreas metropolitanas se registra un mayor número de incidentes debido a ese mayor volumen poblacional (aunque la tasa por cada 100.000 habitantes sea menor en comparación a otras comarcas) los resultados servirán para fundamentar inferencias con una proyección y alcance distintos. Lo mismo puede decirse de otras múltiples variables que también repercuten, no solo desde un punto de vista climático, sino de otra índole tales como el nivel económico de las regiones o las actividades de ocio de los habitantes de la comunidad (esencial para la teoría de las actividades rutinarias en la determinación de la interacción de los sujetos el medio y las actividades que se llevan a cabo en el exterior o en el interior, como ya se ha reseñado). Como ya se advirtiera al comienzo del presente artículo, esta investigación parte simplemente del análisis de los datos brutos, sin analizar el impacto que puede generar factores como recién expuestos y que son absolutamente indispensables para conocer adecuadamente la realidad de los binomios "temperatura-criminalidad" y "estacionalidad-criminalidad" de una zona determinada. Efectuadas todas estas precisiones, la criminalidad violenta en la Comunidad Autónoma con menor tasa registrada es la que a continuación se expone:

Tabla 4. *Delitos de homicidio y asesinato cometidos en La Rioja (2016-2017)*

Año	Estación	Homicidios dolosos y asesinatos consumados	Homicidios dolosos y asesinatos en grado de tentativa	Total	Total %	T. Cº
2016	Invierno	0	1	1	33.33%	8.1 ºC
	Primavera	0	1	1	33.33%	16.1 ºC
	Verano	0	1	1	33.33%	22.7 ºC
	Otoño	0	0	0	0.00%	10.6 ºC
	Total	**0**	**0**	**3**	**3**	**14.3ºC**
2017	Invierno	0	3	3	50.00%	8.3 ºC
	Primavera	0	1	1	16.67%	18.3 ºC
	Verano	0	1	1	16.67%	21.5 ºC
	Otoño	0	1	1	16.67%	10.7 ºC
	Total	**0**	**0**	**6**	**6**	**14.7ºC**

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos reportados por los Balances Trimestrales de Criminalidad y la Agencia Estatal de Meteorología. Temperatura media calculada a partir de los resúmenes climatológicos mensuales disponibles en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica: http://www.aemet.es/es/serviciosclimaticos/vigilancia_clima/resumenes?w=1&k=rio

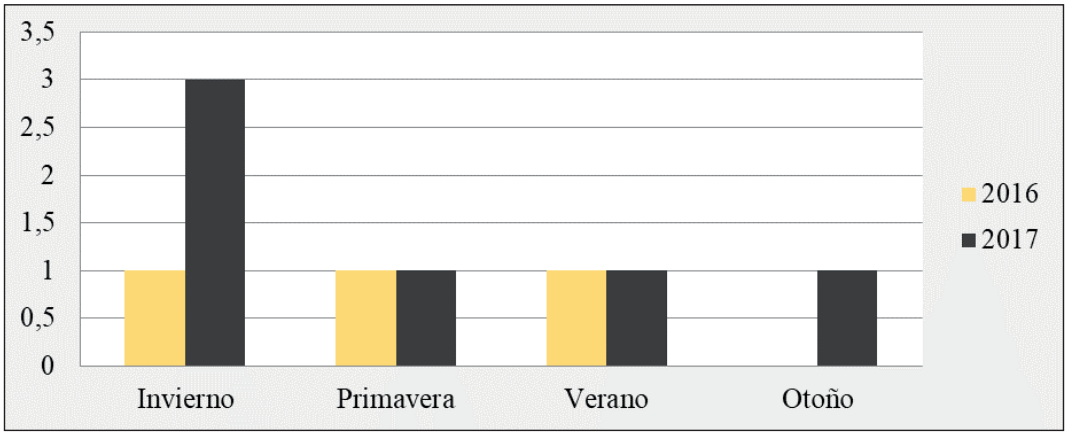


Figura 5. Distribución estacional de los homicidios en La Rioja (2016-2017). Fuente: Elaboración propia.

Un análisis somero de las unidades de análisis expuestas nos permite verificar el absoluto incumplimiento de las leyes térmicas de la delincuencia para los delitos contra la vida en el caso de la Comunidad Autónoma de la Rioja. La tasa de homicidios consumados para el período de referencia es constante (0.00) sin que tampoco pueda apreciarse una tendencia para la tasa de homicidios y asesinatos registrados en grado de tentativa tal y como se presenta a la luz de los resultados contemplados en la Tabla 4. No obstante, lo cierto es que la escasa incidencia de este tipo de infracciones dificulta en buena medida poder probar la existencia de un determinado patrón cuando se desciende a un nivel más regional. Ello pone de manifiesto los problemas patentes a los que se enfrentaría el investigador si se optase por diseñar un mapa término criminal incluso a nivel provincial o local, al menos para este tipo de delitos tan graves y en territorios con una tasa tan reducida. Así las cosas, véase que para las estaciones más cálidas de primavera (16.1°C y 18.3°C en 2016 y 2017 de temperatura media) y verano (22.7°C y 21.5°C en 2016 y 2017 de temperatura media), se registró un solo atentado contra la vida para los años 2016 y 2017 en cada período estival. No puede hablarse por tanto de una influencia apreciable o significativa de las leyes térmicas de Quetelet cuando se desciende a la concreta realidad de la Comunidad Autónoma de la Rioja. De otro lado, y al contrario de lo que pronostican los mentados principios es en invierno, la estación más fría (8.3°C de temperatura media), donde para el año 2017 se registró una mayor tasa de atentados contra la vida. De hecho, salvo para el invierno de 2017 en el que se registraron tres incidentes vinculados a estos delitos, lo habitual es que se reporte tan solo un caso de atentado contra la vida cada estación, sin que el mismo siquiera llegue a consumarse. No obstante sí es importante destacar que esta Comunidad Autónoma se sitúa en la franja norte del país, con unas temperaturas medias anuales que sí son inferiores a las medias nacionales. Así:

Tabla 5. *Diferencia media temperatura en La Rioja respecto de la temperatura media nacional anual*

	Media temperatura anual 2016	Media temperatura anual 2017
NACIONAL	15.8ºC	16.21ºC
LA RIOJA	14.3 ºC	14.7 ºC
DIFERENCIA MEDIA	-1.5 ºC	-1.5 ºC

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos reportados por la Agencia Estatal de Meteorología. Temperatura media calculada a partir de los resúmenes climatológicos mensuales disponibles en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica: http://www.aemet.es/es/serviciosclimaticos/vigilancia_clima/resumenes?w=1&k=rio.

En cambio si se toma en consideración la Ciudad Autónoma de Ceuta, la región con más tasa de homicidios y asesinatos en España por cada 100.000 habitantes, las conclusiones que pueden extractarse son las siguientes:

Tabla 6. *Delitos de homicidio y asesinato cometidos en la Ciudad Autónoma de Ceuta (2016-2017)*

Año	Estación	Homicidios dolosos y asesinatos consumados	Homicidios dolosos y asesinatos en grado de tentativa	Total	Total %	T. Cº
2016	Invierno	0	0	0	0.00%	14.8Cº
	Primavera	1	2	3	21.43%	19.5Cº
	Verano	2	3	5	35.71%	24.9Cº
	Otoño	1	5	6	42.86%	17.2Cº
	Total	**4**	**10**	**14**	**100%**	**19.1ºC**
2017	Invierno	1	0	1	12.50%	14.5Cº
	Primavera	0	2	2	25.00%	19.8Cº
	Verano	0	4	4	50.00%	24.3Cº
	Otoño	0	1	1	12.50%	17.6Cº
	Total	**1**	**7**	**8**	**100%**	**19.05ºC**

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos reportados por los Balances Trimestrales de Criminalidad y la Agencia Estatal de Meteorología. Temperatura media calculada a partir de los resúmenes climatológicos mensuales disponibles en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica: http://www.aemet.es/es/serviciosclimaticos/vigilancia_clima/resumenes?w=1&k=ceu.

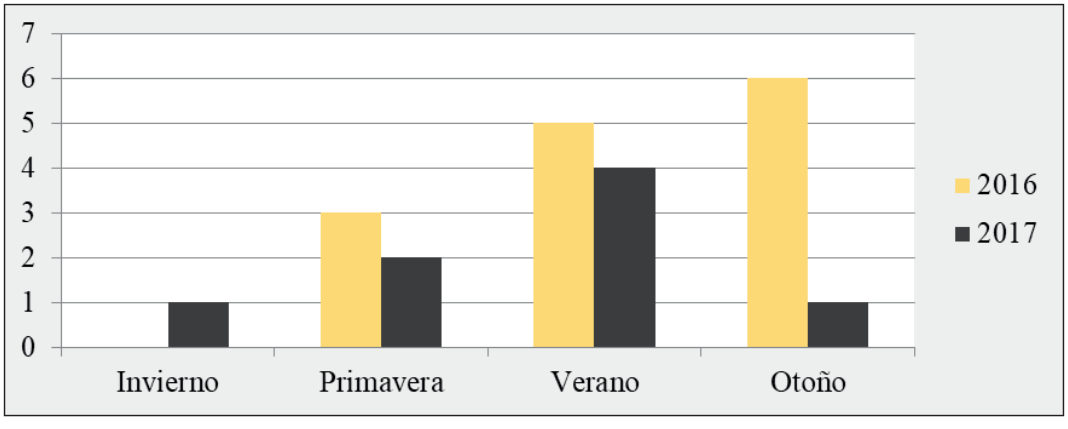


Figura 6. Distribución estacional de los homicidios en Ceuta (2016-2017). Fuente: Elaboración propia.

Así las cosas, para el año 2016 se observa un patrón anual ascendente en cuanto al número de atentados contra la vida a medida que avanza el año. Es significativo resaltar que las cotas máximas de violencia se alcanzan en otoño (tercera estación más cálida para Ceuta con una temperatura media de 17.2°C) con 6 atentados contra la vida, seguida después de la estación más cálida, ahora sí, el verano con una temperatura media registrada de 24.9°C y 5 ataques lesivos contra la vida. Por su parte para el año 2017, sí que puede apreciarse una mayor correspondencia respecto de la vigencia de las leyes térmicas de Quetelet por cuanto en verano (con una temperatura estacional media de 24.3°C) se registran 4 intentos de homicidio/asesinato, cifra que dobla a la segunda estación con mayor índice de violencia, esto es la primavera (segunda estación más cálida con una temperatura media estacional de 19.8°C). Por lo demás, es igualmente necesario advertir que en invierno para sendos años de la serie histórica analizada, se registran las menores tasas de homicidio, lo cual en este punto sí que puede concluir la validez de los postulados de las leyes térmicas por cuanto para ambos años las temperaturas registradas en dicha estación fueron las más frías de todo el año.

Asimismo, también es importante señalar que esta región cuenta con unas temperaturas anuales medias superiores a la nacional, tal y como a continuación se expone:

Tabla 7. *Diferencia media temperatura en Ceuta respecto de la temperatura media nacional anual*

	Media temperatura anual 2016	**Media temperatura anual 2017**
NACIONAL	15.8ºC	16.21ºC
CIUDAD AUTÓNOMA DE CEUTA	19.1 ºC	19.05 ºC
DIFERENCIA MEDIA	+3.3 ºC	+2.84 ºC

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos reportados por la Agencia Estatal de Meteorología. Temperatura media calculada a partir de los resúmenes climatológicos mensuales disponibles en la página web del Ministerio para la Transición Ecológica: http://www.aemet.es/es/serviciosclimaticos/vigilancia_clima/resumenes?w=1&k=ceu.

Sin embargo, ello no nos debiera llevar a interpretar sin más una división Norte-Sur en cuanto a una menor tasa de criminalidad homicida para las regiones situadas en el Norte del país frente a las situadas en el Sur dado que si volcamos los datos reportados por el Instituto Nacional de Estadística (vid. Tabla 3) sobre la geografía española se obtiene el siguiente resultado:

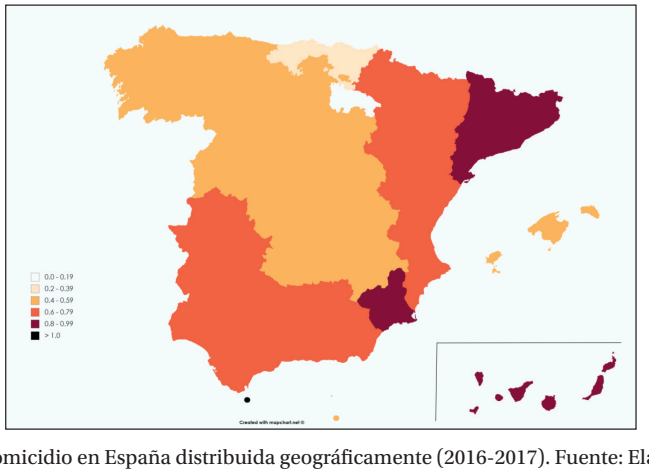


Figura 7. Tasa de homicidio en España distribuida geográficamente (2016-2017). Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos Tabla 3. Creado con https://mapchart. net/spain.html

Así las cosas, si bien es cierto que algunas Comunidades Autónomas situadas en la franja norte presentan tasas de homicidio muy inferiores a la media nacional (por ejemplo, y al margen de La Rioja: País Vasco —0.25— o Cantabria —0.26—), lo cierto es que a priori no parece que en Navarra las temperaturas desplieguen un rol significativo al coincidir la media de la tasa de homicidio con otra región situada al sur de la península como lo es Andalucía (0.70 para ambas comunidades). Por otro lado, más llamativo es si cabe, apreciar cómo en la Ciudad Autónoma de Melilla, a pesar de contar con una climatología similar a Ceuta, la tasa de criminalidad sea significativamente inferior. Es necesario por tanto ahondar en una mayor división territorial, si acaso a nivel provincial para determinar si las conclusiones preliminares que parecen inferirse a la luz de los datos reportados se mantienen o por el contrario, esconden significativas variaciones que merecen un comentario más detallado. A raíz de los datos expuestos, no queda claro que pueda verificarse en España una relación similar a la advertida en Estados Unidos, por la que en las zonas norte del país registrarían unas tasas más reducidas que las zonas ubicadas en el sur atendiendo a las tasas de criminalidad violenta y la temperatura registrada.

VIII. Conclusiones

A lo largo de las presentes páginas ha podido constatarse el interés de la Criminología contemporánea en resolver una de las cuestiones más llamativas y curiosas: la incidencia de la climatología y la temperatura en el comportamiento humano en general y el crimen en particular. Ahora, gracias a los avances experimentados en el tratamiento estadístico de los datos, puede comenzar a bosquejarse interesantes investigaciones que alumbren algo de luz y se pronuncien de forma cada vez más precisa sobre la realidad española. La trascendencia de las leyes térmicas de Quetelet no han perdido pues, ni un ápice de vigencia. Descendiendo al examen llevado a cabo puede colegirse un cumplimiento parcial de las leyes térmicas de Quetelet para los delitos de homicidio y asesinato registrados en los períodos que han sido objeto de análisis. En este sentido, la relación se presenta con mayor claridad para el período de verano, época en la que se registran las temperaturas más elevadas. No obstante, más confusa es la interpretación que pueda hacerse respecto de los resultados obtenidos durante el invierno. Tanto el Informe sobre el Homicidio (2010-2012) en España como el análisis de la serie histórica (2015-2018) han evidenciado la existencia de un patrón donde menor la tasa de criminalidad homicida violenta no se ha correspondido con los principios de las leyes térmicas de la delincuencia al ser durante el otoño el período con menor índice de homicidios registrados. No obstante es importante señalar el impacto que supuso el patrón estacional obtenido durante el año 2017, por cuanto este año difirió notablemente respecto de las tendencias registradas durante 2016 y 2018. En estos dos años en concreto sí que se aprecia un cumplimiento de las leyes térmicas de Quetelet, sin embargo los resultados obtenidos en durante el otoño y el invierno de 2017 supusieron un cambio significativo en cuanto a los patrones estacionales reportados para estos dos años, con lo cual es necesario llevar a cabo un seguimiento más exhaustivo en aras de ahondar en la consolidación o no del patrón obtenido. El examen llevado a cabo despierta por tanto nuevas incógnitas que deben ser debidamente abordadas como por ejemplo: ¿Es realmente el otoño la estación con menor probabilidad de criminalidad homicida en España? ¿A raíz de los nuevos Balances Trimestrales de Criminalidad que se registren en un futuro cercano puede acreditarse un posible desplazamiento de la estacionalidad? Por lo pronto esta es una posibilidad más que plausible dado que para el período 2016-2018 existe una diferencia mucho menor que para el período 2010-2012 respecto de los valores obtenidos durante el otoño y el invierno. En caso de acreditarse este desplazamiento o no, ¿es este extremo circunstancial o se debe a la incidencia factores singulares que propician que las tendencias estacionales advertidas se mantengan a lo largo del tiempo con independencia de las temperaturas registradas?

Por su parte, en cuanto al análisis de las regiones de La Rioja y la Ciudad Autónoma de Ceuta sus resultados cuestionan la validez de las leyes térmicas de la delincuencia. Los escasos supuestos registrados en la primera Comunidad impiden evaluar siquiera preliminarmente el impacto de la temperatura en el delito, al menos, en lo que a los delitos contra la vida se refiere. Quizás ampliando el foco hacia modalidades delictivas en los que la violencia se emplee

como recurso (lesiones y otro tipo de enfrentamientos violentos), u otras tipologías más frecuentes (robos o agresiones sexuales), pueda parametrizarse alguna relación al respecto. En cuanto a la región de la Ciudad Autónoma de Ceuta, los resultados son más diáfanos en cuanto a los picos de la criminalidad contra la vida, siendo indiscutible su mayor prevalencia durante el verano. A pesar de ello, el esbozo de un mapa térmico que defina la realidad española se antoja complejo por lo que es necesario llevar a cabo estudios más pormenorizados utilizando diversos niveles territoriales para determinar el alcance de la incidencia de los binomios estacionalidad-homicidio y temperatura-homicidio en nuestro país.

En otro orden de cosas, es preciso advertir que, aun cuando las mejoras introducidas por las Administraciones Públicas sean dignas de ser celebradas, lo cierto es que aún no puede analizarse el patrón mensual de los delitos de homicidio, cuestión que por otro lado es básica para llevar a cabo estudios de esta naturaleza. Avances en este sentido sin duda coadyuvarían a conocer con un mayor nivel de detalle los mapas térmicos de la criminalidad violenta en España, y nos permitiría comenzar a esbozar análisis comparativos respecto de otras regiones y comarcas del país. Al mismo tiempo, permitirán lógicamente obtener una radiografía mucho más descendiendo particularmente a aquellos meses que presentan unas temperaturas medias más extremas. Asimismo, las posibilidades de llevar a cabo un mapeo de estas características a niveles más reducidos (esto es Comunidades Autónomas, Provincias y poblaciones superiores a 30.000 habitantes) abren todo un mundo de posibilidades para realizar estudios realmente exhaustivos, no solo de los delitos de homicidio que como recién se ha comentado pueden ofrecer resultados muy limitados, sino de los diversos tipos penales que registran los Balances Trimestrales de Criminalidad. Por último debe recordarse que los resultados que arrojan investigaciones de este tipo no se circunscriben al ámbito estrictamente académico sino que alumbran importantes consideraciones de índole práctica que debieran ser consideradas. Así las cosas, desde la perspectiva política criminal conocer la estacionalidad de ciertas figuras delictivas podría influir notoriamente en el diseño y asignación policial de los recursos humanos y materiales disponibles, al permitir una respuesta más eficiente y más adecuada en la atención de las llamadas policiales de emergencia, por ejemplo. A la luz de los datos arrojados en nuestro estudio, dado que es en verano cuando se alcanza el mayor pico anual para los delitos de homicidio y asesinato, sería lógico que fuera en esta época del año cuando se incrementasen los refuerzos para satisfacer las demandas ciudadanas de auxilio y alerta.

IX. Referencias

AEBI, M. F. y LINDE, M. (2010). "El Misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, pp. 7-30. Recuperado de: http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-07.pdf

ANDERSON, C. A. (1989). "Temperature and aggression: Ubiquitous effects of heat on occurrence of human violence". *Psychological Bulletin,* 106, 74-96. doi: 10.1037/0033-2909.106.1.74

ANDERSON, C. A., y ANDERSON, D. C. (1984). "Ambient temperature and violent crime: Test of the linear and curvilinear hypotheses". *Journal of Personality and Social Psychology,* 46, pp. 91-97. doi: 10.1037/0022-3514.46.1.91

BARON, R. A. y BELL, P. A. (1976). "Aggression and heat: The influence of ambient temperature, negative affect, and a cooling drink on physical agresión". *Journal of Personality and Social Psychology,* 33, pp. 245-255. doi: 10.1037/0022-3514.33.3.245

BRUNSDON, C., CORCORAN, J., HIGGS, G., y WARE, A. (2009). "The Influence of Weather on Local Geographical Patterns of Police Calls for Service". *Environment and Planning B: Planning and Design,* 36, pp. 906-926. doi: 10.1068/b32133

BUSHMAN, B., WANG, M., y ANDERSON, C. (2005). "Is the Curve Relating Temperature to Aggression Linear or Curvilinear?". *Journal of Personality and Social Psychology,* 89, 62-66.

CHEATWOOD, D. (2009). "Weather and crime". En MILLER, J. M. (ed.) *21st Century Criminology*. A reference Handbook (pp. 51-58), SAGE.

COHEN, L. E., y FELSON, M. (1979). "Social change and crime rate trends: A routine activity approach". *American Sociological Review,* 44, pp. 588-608.

COHN, E. G. (1990). "Weather and Violent Crime: a reply to Perry and Simpson". *Environment and Behaviour.* 22, pp. 280-294, Sage Publications. doi: 10.1177/0013916590222006

COHN, E. G., y ROTTON, J. (1997). "Assault as a function of time and temperature: A moderator-variable time-series análisis". *Journal of Personality and Social Psychology,* 72, pp. 1322-1334. doi: 10.1037/0022-3514.72.6.1322

— (2000). "Weather, Seasonal Trends, and Property Crimes in Minneapolis, 1987-1988: A Moderator-Variable Time-Series Analysis of Routine Activities". *Journal of Environmental Psychology,* 20, pp. 257-272.

— (2003). "Even Criminals take a holiday: Instrumental and expressive crimes on the major and minor holidays". *Journal of Criminal Justice,* 31, pp. 351-360. doi: 10.1016/S0047-235200029-1.

DeFRONZO, J. (1984). "Climate and crime: Test of an FBI assumption". *Environment and Behavior,* 16, pp. 185-210.

DOMÍNGUEZ, R. E. (2013). "The effect of temperature on domestic and simple battery. (Doctoral dissertation)", California State University, Stanislaus, United States.

FALK, G. J. (1952). "The Influence of the Seasons on the Crime Rate". *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* 199 pp. 1952-1953.

FERNÁNDEZ MOLINA, E. (2013). "Datos oficiales de la delincuencia juvenil: valorando el resultado del proceso de producción de datos de la Fiscalía de menores". InDret, Barcelona, 2, pp. 1-24. (En línea). Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/961.pdf

GAMBLE, J. L. y HESS, J. J. (2012). "Temperature and Violent Crime in Dallas, Texas: Relationships and Implications of Climate Change". *West J. Emerg. Med,* 13, pp.239-246.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. (2014). "Tratado de Criminología", Tirant Lo Blanch, 5ª ed.

GARÓFALO, R. (1885). "La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión (única traducción española con multitud de adiciones y reformas hechas por su autor y no comprendidas en las ediciones italianas)". Traducción Pedro Dorado Montero. La España Moderna, Madrid.

HARRIES, K. D. y STADLER, S.J. (1988). "Heat and violence: new findings from Dallas field data, 1980-1981". *Journal of Applied Social Psychology,* 18, pp.129-138. doi: 10.1111/j.1559-1816.1988.tb00010.x

HIKAL, W. (2013). "Introducción al estudio de la criminología", Ed. Porrúa, México, 3ª ed.

— (2017). "Los postulados de Quételet en el entendimiento de la criminalidad y como bases de una política criminal". *Derecho y Cambio social.* ISSN: 2224-4131, 50, pp. 1-15. Recuperado de: https://www.derechoycambiosocial.com/revista050/INDICE_ES.htm

HIPP, J. R., BAUER, D. J., CURRAN, y P. J., BOLLEN, A. (2004). "Crimes of opportunity or crimes of emotions: Testing two explanations of seasonal change in crime". *Journal of Social Forces,* 82, 1333-1372.

HORROCKS, J., y MENCLOVA, A. K. (2011). "The effects of weather on crime". *New Zealand Economic Papers,* 45:3, 231-254. doi: 10.1080/00779954.2011.572544

JACOB, B., LEFGREN, L. y MORETTI, E. (2007). "The dynamics of criminal behaviour: evidence from weather shocks". *Journal of Human Resources.* 42, pp. 489-527.

MAMAYEK, C. M. (2013). "Examining the relationship between weather and homicide". Michigan State University.

MAVROUDEAS, S., PAPASTAMATELOU, J., UNGER, A., TSOUVELAS, G., KONSTANTAKOPOULOS, G., y GIOTAKOS, O. (2018). "(Summer) Time for murder: Is there a link between increased temperature and homicides?". *Dia-*

logues in Clinical Neuroscience & Mental Health, 1, 128-137. doi: 10.26386/obrela.v1i4.100

McCLEARLY, R. y CHEW, K. (2002). "Winter is the infanticide seaton". *Homicide studies,* 6, 228-239

MICHAEL, R. P. y ZUMPE, D. (1983). "Sexual violence in the United States and the role of Seaton". *The American Journal of Psychiatry,* 140, 883-886.

Ministerio del Interior: Gabinete de Coordinación y Estudios. Secretaría de Estado de Seguridad. (2018). Informe sobre el homicidio en España (2010-2012). España. Recuperado de: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203227/Informe_sobre_el_homicidio_Espa%C3%B1a_2010-2012_web_126180931.pdf/9c01b8da-d1b8-42b9-9ab0-2cf2c3799fb1

MISHRA, A. (2014). "Climate and crime". *Global Journal of Science Frontier Research: H Environment & Earth Science,* 14, 38-42.

— (2015). "Does Temperature Affect Homicide Rate?". *J Climatol Weather Forecasting* 3, 132 3:2. doi: 10.4172/2332-2594.1000132

ORELLANA WIARCO, O. A. (2007). "Manual de Criminología". Ed. Porrúa, México, 11ª ed.

Portal Estadístico de Criminalidad. (2019). Ministerio del Interior. Gobierno de España. Recuperado de: https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/

QUETELET, L. A. J. (1968). "A Treatise on man and the development of his faculties. (W. Chambers & R. Chambers, Trans.)", Burt Franklin, New York, NY. (Trabajo original publicado en 1842).

REDONDO ILLESCAS, S. y GARRIDO GENOVÉS, V. (2013). "Principios de Criminología", Tirant Lo Blanch, 4ª ed.

RESTREPO FONTALVO, J. (2002). "Criminología. Un enfoque humanístico". Temis, Colombia, 3ª ed.

Resúmenes climatológicos. (2019). Agencia Estatal de Meteorología. AEMET. España. Recuperado de: http://www.aemet.es/es/servicios-climaticos/vigilancia_clima/resumenes

REYES ECHANDÍA, A. (1999). "Criminología". Temis, Colombia, 8ª ed.

RODRÍGUEZ MANZANERA, L. (1979). "Criminología". Ed. Porrúa, México.

SIMISTER, J. y COOPER, C. (2005). "Thermal Stress in the USA: Effects on Violence and on Employee Behaviour". *Stress and Health: Journal of the International Society for the Investigation of Stress,* 21, 3-15.

Tasa de homicidios y de Criminalidad por sexo, tipo de tasa y período. (2019). Instituto Nacional de Estadística. Recuperado de: https://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t00/ICV/Graficos/dim6/l0/&file=611G2.px&type=pcaxis&L=0

VAN DE VLIERT, E., SCHWARTZ, S. H., HUISMANS, S. E., HOFSTEDE, G., y DAAN, S. (1999). "Temperature, Cultural Masculinity, and Domestic Political Violence. A Cross-National Study". *Journal of Cross-Cultural Psychology,* 30, 291-314. doi: 10.1177/0022022199030003002

VOZMEDIANO, L. y SAN JUAN, C. (2010). "Criminología Ambiental: Ecología del delito y de la seguridad". UOC, Barcelona.

CRIMINOLOGÍA MEXICANA

Doctrina

El mercado negro y sus foros vinculados en internet profundo

Farouk Ait Nasser (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Metodología.— III. Marco teórico.— IV. La droga, los tratados internacionales y las políticas gubernamentales.— V. Internet profundo o redes anónimas.— VI. Mercados negros.— VII. El caso de Wall Street Market.— VIII. Foros y redes sociales como plataformas de comunicación, difusión y marketing.— IX. Las comunidades que están detrás de la promoción de los mercados negros.— X. El funcionamiento de los foros de drogas.— XI. Los foros vinculados a los mercados negros y la venta de drogas.— XII. Conclusiones.— XIII. Referencias.

I. Resumen

Por medio de este artículo, proponemos explicar el funcionamiento del mercado negro en internet profundo. Nos referimos a actividades ilegales que se desarrollan y se llevan a cabo gracias a la adaptación y adquisición de competencias digitales por parte de algunos individuos. Nuestro análisis de una muestra nos llevó a observar la existencia de una comunidad activa que intercambia información en distintos foros haciendo posible la evolución de un negocio autorregulado que opera al margen de la ley. No obstante, este tipo de mercados no funcionaría sin la existencia de un consumidor, su desconfianza provocaría su desaparición. Por otra parte, lo que este consumidor compra nos aporta información relevante sobre sus hábitos de consumo. Ya que, consideramos, que el mercado negro es un espejo que releja otro tipo de necesidades que tienen los consumidores, esa necesidad genera un comportamiento cuyo análisis nos permite identificar. El objetivo principal de esta investigación es analizar el funcionamiento de una subcultura cibernética, conocer el modo en cómo trabaja, cuáles son sus límites éticos y qué garantías tiene de operar en la clandestinidad.

II. Metodología

A nivel metodológico, consideramos que el método netnográfico se ajusta a nuestra necesidad de analizar la temática del mercado negro en internet profundo. Ya que, si partimos de un enfoque cualitativo podemos analizar la realidad de una comunidad que opera en la clandestinidad interesándonos únicamente por la información relevante que puedan producir ayudándonos a determinar su conducta y su código moral. Con la observación no participativa el análisis netnográfico nos ayuda a estudiar el comportamiento de los administradores de mercados, vendedores y clientes.

En esta investigación se reúnen varias características que permiten considerar la aplicación de elementos propios del método netnográfico debido al análisis aleatorio de los comentarios presentes en distintos entornos virtuales participativos vinculados al consumo y el comercio de drogas por parte de internautas interesados por este tipo de temática, y por evaluar la problemática del fraude y la mala calidad de los productos, cómo afecta a los consumidores y con qué instrumentos cuentan para denunciar y mejorar su experiencia de adquisición de productos ilegales.

III. Marco teórico

Como hipótesis sostenemos que el negocio de la administración de los mercados negros en in-

(*) Universidad Nacional de Educación a Distancia.

ternet está en auge debido a la alta rentabilidad que puede generar por medio de las comisiones, entre otras formas de ingresos. Aunque nos referimos a riesgos que provocan penas de cárcel por la naturaleza de los delitos que se llevan a cabo —y que varían de un país a otro—, parece ser que las personas que están involucradas en estas actividades han aprendido a trabajar de forma clandestina empleando todo tipo técnicas a su alcance para mantener su anonimato.

Otra hipótesis que se maneja en esta investigación es sobre la importancia de las plataformas virtuales en internet profundo, ajenas a los mercados, que aportan información de interés sobre la reputación de un mercado, vendedor o la calidad de un producto. Estas plataformas virtuales son foros, o sitios de opinión, que operan en internet profundo logrando varios objetivos, primero discuten la calidad de un producto o servicio dado por medio de hilos formados por varios comentarios. Además, basándose en las discusiones que se generan en estos hilos se limitan los casos de fraude y, por añadidura, el prestigio que adquieren los vendedores recomendados beneficia tanto el producto vendido como el del sitio web donde se vende. Así pues, un mercado que funciona reduciendo los casos de fraude favorece al conjunto de las partes implicadas.

Un producto que suscita un gran interés por medio de la acumulación de varios comentarios positivos satisfaciendo todas las dudas respecto a varias facetas como el origen, el procesamiento y el envío, atribuye una muestra positiva de percepción que implica la fidelización y la atracción y persuasión de nuevos consumidores.

Las indicaciones recibidas que afectan a la privacidad y el anonimato de los nuevos usuarios otorgan una sensación de protección y seguridad, lo que les motiva a seguir visitando estos entornos virtuales. Las normas que establecen los foros para participar forjan cierta presunción de legitimidad a la hora de establecer los límites.

IV. La droga, los tratados internacionales y las políticas gubernamentales

La legislación y las políticas de fiscalización de drogas no adquirieron su forma actual hasta después de la creación de las Naciones Unidas, en 1945. Los organismos internacionales de fiscalización de drogas fundados dieron lugar a los predecesores: la Comisión de Estupefacientes (CND), la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODD) y la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE). A nivel legislativo, los tratados de fiscalización internacional de drogas son:

- Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (enmendada por el Protocolo de 1972).

- Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

- Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

Las políticas prohibicionistas que surgieron a raíz de los tratados de fiscalización internacional de drogas no tuvieron el éxito esperado, básicamente se centraron en que los países participantes penalicen la posesión de sustancias sicotrópicas para el consumo personal (MEYLAKHS, 2017, p. 26).

Asimismo, según Meylakhs, las políticas que regularon las drogas penalizaron más el consumo de heroína. Ahora bien, a pesar de su papel de limitar su consumo, tuvieron un efecto negativo al hacer que uno de los opiáceos más usado para uso recreativo debido a sus propiedades físicas y farmacológicas diera lugar a una tremenda cantidad de delitos relacionados con su oferta y demanda, también contribuyeron a que los usuarios de heroína fueran considerados delincuentes, lo que en muchos países les impedía buscar ayuda médica. Sin olvidarnos de que su consumo causa problemas de salud como las infecciones del corazón y la muerte por sobredosis y al inyectarse aumentan las posibilidades de propagación de enfermedades como el VIH/SIDA y la hepatitis (MEYLAKHS, 2017, p. 27).

Los Gobiernos se comprometieron a aplicar medidas legislativas y administrativas con el fin de restringir el uso de drogas limitando su uso a fines médicos y científicos, esto podría ser interpretado como lógico y coherente desde el punto de vista de algunos sistemas éticos y morales, no obstante, irrealista ya que este tipo de acuerdos políticos no se basan en la evidencia (THOUMI, 2017, p. 74).

Los tratados de fiscalización internacional de drogas interpretan una realidad que dista mu-

cho de ser la realidad de los mercados negros de drogas en las sociedades actuales. No existe la posibilidad de que un modelo de estado de derecho se aplique de igual modo en todos los países, debido a las condiciones que presenta cada país como la corrupción, la presencia de grupos subversivos y paramilitares, las tribus entre otros factores que dificultan un eficaz control territorial y legítimo (THOUMI, 2017, p. 75).

Existen varios factores que dificultan la aplicación de medidas legales contra el tráfico de drogas y provocan la proliferación de mercados negros y el fortalecimiento de organizaciones criminales que producen y distribuyen drogas. Aunque estos factores son importantes, no están relacionados directamente con las actividades económicas ilegales, son factores de riesgo que provocan las condiciones necesarias para su fomento (THOUMI, 2017, p. 75).

V. Internet profundo o redes anónimas

Al referirnos a internet anónimo, el término clave es la red descentralizada. La búsqueda de esta red por parte de los usuarios más exigentes con la privacidad se debe a que están desconformes con la centralización y el control de internet por parte de las multinacionales y entes gubernamentales. Por tanto, una red descentralizada, o descontrolada, permite a los usuarios usar internet sin que nadie recolecte información sobre sus hábitos con el fin de controlarles o adaptarse a sus costumbres y lucrarse económicamente de ello. En cualquier caso, independientemente de si se trata de una red descentralizada o centralizada, lo que muchos buscan es la navegación anónima que le permita librarse de la injerencia del observador. Claro está que se puede navegar anónimamente en una red descentralizada por medio del uso de algún software como I2P o Freenet o por medio de una red centralizada pero superpuesta como la que ofrece el navegador Tor.

Por otra parte, las personas que no están familiarizadas con la necesidad que tienen otros de navegación anónima interpretan el acceso a este tipo de redes como algo negativo. Esto se debe, en parte, a que los medios de comunicación asocian internet profundo a un entorno "nauseabundo", de este modo es comprensible que produzca pánico y rechazo, precisamente si nos referimos a la cobertura mediática sobre Silk Road, mercado de drogas y la de Freedom Hosting de pornografía infantil, ambos supusieron una gran preocupación en el año 2013 (GEHL, 2016, p. 1222).

VI. Mercados negros

El comercio electrónico está viviendo su edad de oro. Esta exitosa forma de negocios en línea hace que muchos emprendedores piensen en este sector. Así pues, cuando analizamos este fenómeno en internet profundo con la venta de drogas, entre otros productos ilegales, percibimos que se trata de un fenómeno análogo que opera de acuerdo a un modelo de gestión similar y que genera el mismo interés para los emprendedores, y la creación de nuevos mercados negros en internet profundo lo interpretamos como una inversión ilegal en plataformas de comercio electrónico que en ocasiones sorprenden por su extraordinario nivel de sofisticación.

Si bien, a diferencia de muchos sitios web, hay que tomar en consideración que un mercado electrónico que funciona como un centro de compra y venta en internet supone un sistema dinámico con alto nivel de personalización y para su creación requiere de conocimientos en programación ya que muchos procesos deben estar automatizados y adaptados a las necesidades de los usuarios, además del reto adicional que supone operar en internet profundo.

De hecho, muchos sitios web pueden funcionar perfectamente sin que su administrador ni su creador tengan conocimientos altos en programación, a modo de ejemplo, se pueden utilizar sistemas de gestión de contenidos, CMS, gratuitos y de código abierto. Con este tipo de gestores de contenido es fácil crear y gestionar sitios web de todo tipo. No obstante, cuando se trata el caso de un mercado negro que opera en internet profundo existen varias condiciones que dicho sitio web debe cumplir, uno de los problemas más complicados es la cuestión de la seguridad, cualquier vulnerabilidad expone todas las transacciones que se efectúan. Además, existen múltiples retos que un CMS para mercados electrónicos difícilmente podría garantizar. Ya que se debe gestionar correcta y eficientemente las transacciones en criptomonedas. Se debe contar con soluciones al problema de los ataques tipo denegación de servicio que son los más simples de efectuar y los que

más perjudican al sitio web debido a su capacidad de dejarlo inoperativo, lo que genera una pérdida de confianza por parte de los clientes. Permitir las comunicaciones entre los clientes, proveedores y administradores. Contar con su propio foro y con un sistema de comentarios propio. Gestión de productos por categorías. Contar con un sistema de evaluación de los vendedores. Capacidad de poder generar de forma automática los informes y análisis con el fin de controlar eficientemente todo el flujo de información. Gestión de los clientes, sus reclamaciones, sus depósitos, planes e incentivos para los proveedores, entre muchas otras condiciones que una persona con limitados conocimientos en programación, gestión y administración, diseño web y seguridad no puede llevar a cabo.

Independientemente de las dificultades técnicas que conlleva crear y gestionar un mercado negro, estos mercados en internet profundo suponen una realidad que exige la adaptación y la implementación de estrategias apropiadas para cumplir con los objetivos de reducción de daños por parte de los gobiernos (CAUDEVILLA, 2016, p. 75). Esto se debe precisamente a su capacidad de producir cambios importantes en el tráfico de drogas, complicando aún más una lucha que, en muchos casos, desborda a las autoridades. Aunque nos referimos a un fenómeno limitado, hay que ser consciente de las ventajas que supone este tipo de negocios en línea y las posibilidades que tiene de seguir creciendo. Nos referimos a portales electrónicos cuya estructura facilita extraordinariamente la comunicación entre el cliente y el vendedor (CAUDEVILLA, 2016, p. 69).

Ciertos mercados se especializan en la venta exclusiva de drogas, en otros casos, se ofrece productos falsificados (documentos nacionales de identidad, pasaportes, permisos de conducir, etc.), armas o tarjetas de crédito. Hasta el momento no se han observado casos de mercados de drogas ofreciendo pornografía infantil, contratación de sicarios o venta de órganos humanos (CAUDEVILLA, 2016, p. 70).

El primer mercado dedicado a la venta de sustancias ilícitas fue Silk Road, en este mercado se podía conseguir el cannabis, drogas estimulantes, psicodélicas o medicamentos. Los clientes dejaban un depósito que el administrador del sitio gestionaba y no se completaba el pago hasta que el comprador quedaba satisfecho. El pago siempre se hacía por medio de una criptomoneda como el Bitcoin. Los vendedores exhibían sus productos en el sitio web con un diseño parecido al del sitio web eBay. Los productos se entregaban por medio del servicio postal.

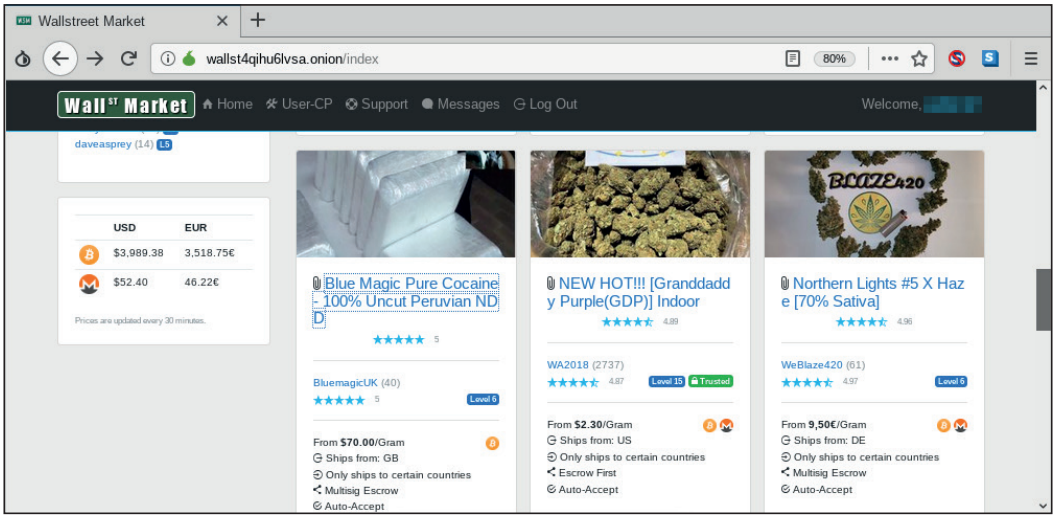
Al operar dentro de internet profundo, el mercado de drogas Silk Road pudo mantenerse activo desde su lanzamiento en febrero de 2011 hasta octubre de 2013, cuando finalmente el FBI lo cerró (ALDRIDGE & DECARY-HÉTU, 2016, p. 24).

Tras el cierre de Silk Road, apareció Silk Road 2.0, Sheep, Pandora, Agora, Hydra, Evolution entre otros mercados que, aunque crecieron del mismo modo que Silk Road algunos se sospechaba que no eran más que sitios web diseñados y elaborados con el propósito de quedarse con el dinero de sus usuarios. Esto fue precisamente el caso de Sheep que tras crecer cerró repentinamente alegando problemas vinculados a la seguridad, lo que ocasionó a sus clientes pérdidas valoradas en 5400 bitcoins. En marzo de 2015, el mercado Evolution cerró y con ello los administradores del sitio web se quedaron con un importe equivalente a 12 millones de dólares (ALDRIDGE & DECARY-HÉTU, 2016, p. 24).

VII. El caso de Wall Street Market

Wall Street Market (WSM), en la actualidad es uno de los mercados negros más populares en internet profundo. Al analizar su funcionamiento nos percatamos de que se trata de uno de los portales electrónicos más completos en cuanto a la información que proporciona, así como la organización de esta información en un soporte visual que transmite profesionalidad y seriedad sobre la venta de productos y servicios, generalmente, ilícitos.

Figura 1: Porotada del mercado Wall Street Market

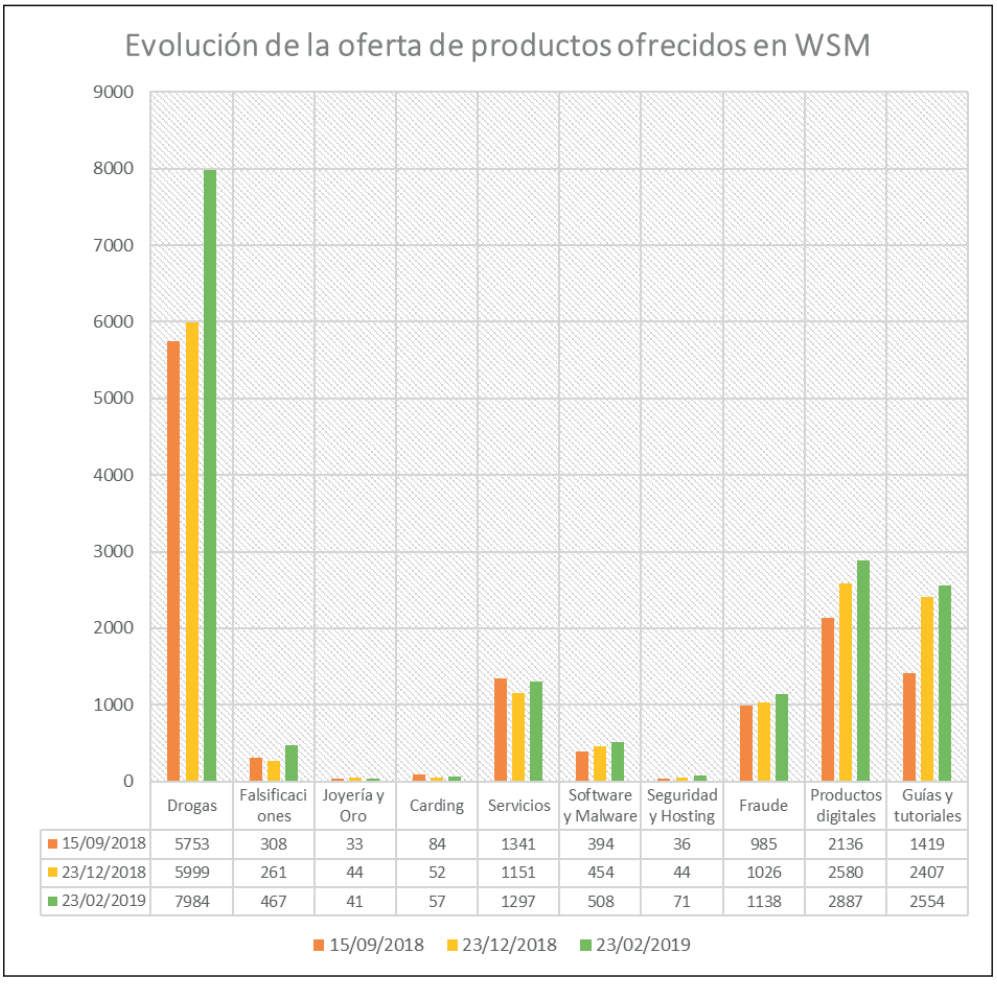


Fuente: http://wallst4qihu6lvsa.onion, consultado el 23/02/2019

Hemos podido recabar información sobre el contenido del mercado WSM en las tres siguientes fechas: el 15/09/2018, el 23/12/2018 y el 23/02/2019.

En el 15 de septiembre de 2018, hemos observado que había un total de 621.600 usuarios registrados como visitantes o consumidores y 3.612 usuarios registrados como vendedores. En el día 23 de febrero de 2019, hemos podido percibir que existió un considerable aumento tanto en las personas registradas que llegaron a ser 907.100, como los proveedores, cuyo número subió a 4.085. Claro está que las personas que se registran no se borran de la base de datos y se mantienen como usuarios inactivos. Sin embargo, basándonos en el siguiente gráfico podemos deducir que, aun así, se trata de un centro de compra y venta de drogas en constante crecimiento. Para ello, es importante observar la categoría de drogas, ya que es fácil apreciar el crecimiento de la oferta, viendo como los 5.753 productos ofrecidos el día 15 de septiembre se convierten en 7.984, el día 23 de febrero de 2019. Como es lógico, este crecimiento en la oferta no sería posible en ausencia de un crecimiento en la demanda.

Gráfico 1: Evolución de la oferta de productos ofrecidos en WSM



	Drogas	Falsificaciones	Joyería y Oro	Carding	Servicios	Software y Malware	Seguridad y Hosting	Fraude	Productos digitales	Guías y tutoriales
15/09/2018	5753	308	33	84	1341	394	36	985	2136	1419
23/12/2018	5999	261	44	52	1151	454	44	1026	2580	2407
23/02/2019	7984	467	41	57	1297	508	71	1138	2887	2554

Fuente: elaboración propia.

Cualquier razonamiento que evalúa el orden que impera en un determinado mercado nos lleva al hecho de que los productos más ofrecidos son, en teoría, los más vendidos. Al observar la tabla N° 1, vemos claramente que las drogas es el producto más ofrecido. Observamos que, del total de los productos ofrecidos en el mercado WSM, la droga siempre constituye una media que no baja del 40% (independiente de la fecha en la que hemos podido acceder o recabar información). De esto podemos concluir que la droga es el producto que más interesa al consumidor. La sustancia más ofrecida es el cannabis y sus derivados (hierba, hachís, comestibles, concentrados, semillas y sintéticos), en la siguiente tabla se pueden observar más productos relacionados con las drogas vendidas en WSM.

Tabla 1: Productos que forman parte de la categoría de drogas en WSM

Sustancia	Unidad	Porcentaje
Cannabis	1736	30,18%
MDMA	228	3,96%
Benzos	390	6,78%
Éxtasis	221	3,84%
Opioide	534	9,28%
Esteroides	546	9,49%
Estimulantes	793	13,78%
Medicamentos	709	12,32%
Psicodélicos	414	7,20%
Utensilios	12	0,21%
Disociativos	113	1,96%
Alcohol	3	0,05%
Reducción del dolor	17	0,30%
Tabaco	37	0,64%

Fuente elaboración propia. Datos recogidos el 15/09/2018.

En menor medida, los productos digitales y las guías tutoriales suponen aproximadamente el 30% del total de los ofrecidos en WSM. La venta de estos productos llama la atención ya que reflejan otro tipo de necesidad del usuario, que podría ser un tutorial que le enseñe el modo de ganar dinero en internet, tutoriales sobre métodos y técnicas de fraude, claves de acceso para beneficiarse de un servicio ofrecido por una plataforma dedicada al contenido audiovisual a la carta, programas informáticos para vulnerar la seguridad de aparatos tecnológicos, libros electrónicos, etc.

Tabla 2: Productos y servicios ofrecidos en WSM

Productos	15/09/2018		23/12/2018		23/02/2019	
Drogas	5753	46,06%	5999	42,79%	7984	46,95%
Falsificaciones	308	2,47%	261	1,86%	467	2,75%
Joyería y Oro	33	0,26%	44	0,31%	41	0,24%
Carding	84	0,67%	52	0,37%	57	0,34%
Servicios	1341	10,74%	1151	8,21%	1297	7,63%
Software y Malware	394	3,15%	454	3,24%	508	2,99%
Seguridad y Hosting	36	0,29%	44	0,31%	71	0,42%
Fraude	985	7,89%	1026	7,32%	1138	6,69%
Productos digitales	2136	17,10%	2580	18,40%	2887	16,98%
Guías y tutoriales	1419	11,36%	2407	17,17%	2554	15,02%
Total	12489	100%	14018	100,00%	17004	100,00%

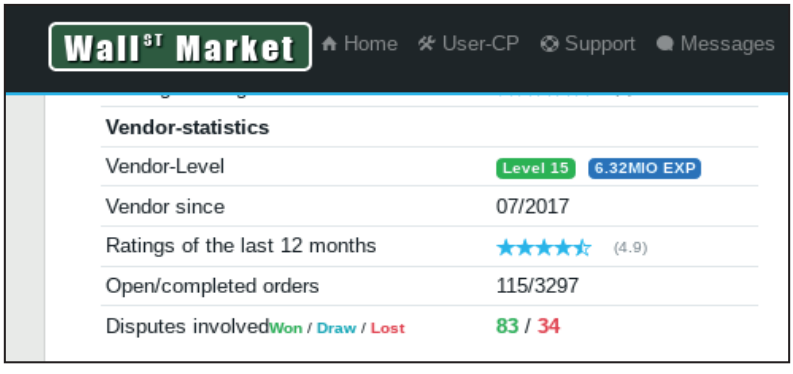
Fuente: elaboración propia.

En la categoría "falsificación", hallamos la falsificación de billetes, monedas antiguas, pasaportes, tarjetas de identidad, joyería, ropa de marca, productos auténticos robados, etc.

Por otra parte, el "carding" o el uso no autorizado de las tarjetas de crédito por parte de los delincuentes no es un servicio muy ofrecido en este mercado, ya que supuso solosolo el 0,67% del total de lo ofrecido el 15/09, bajando a 0,37% el 23/12 y siguió bajando hasta constituir el 0,34% el 23 de febrero de 2019. Navegando en esta sección podemos hallar no solamente la venta de tarjetas de crédito clonadas, sino productos y tutoriales relacionados con la estafa y el robo de datos bancarios, como la venta de un Verifone VX 510 que recolecta las bandas magnéticas y los códigos pin, entre otros productos.

Cualquier persona con la intención de comprar un producto o adquirir un servicio por medio de WSM apreciaría la información que encontrase a su alcance sobre los vendedores, también podría agradecer la posibilidad de puntuar tanto el proveedor como los productos y servicios que ofrece. Por esta razón, hallamos que cada vendedor cuenta con un perfil que muestra "el nivel de vendedor", puntos de experiencia acumulados, la fecha en la que se registró como vendedor, la calificación obtenida por medio de la votación, los pedidos abiertos y completados y las disputas resueltas a favor y en contra, tal como observamos en la figura N° 2.

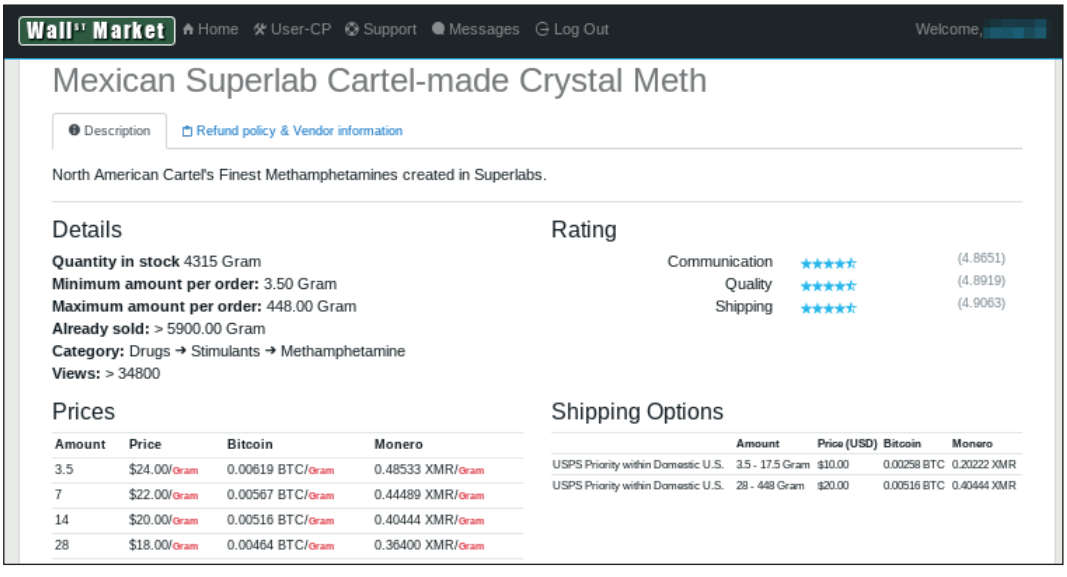
Figura 2: Modelo de información sobre el perfil del usuario



Fuente WSM.

En cada producto ofrecido se puede hallar información sobre el mismo como el lugar de procedencia, cantidad en el almacén, la cantidad mínima y máxima para generar una orden de compra, el coste de la mercancía, las cantidades ya vendidas. También se informa de su precio en dólares y su equivalente en criptomonedas (WSM permite únicamente el Bitcoin y Monero). En la descripción el proveedor puede presentar su producto aportando una extensa información acompañada, en ocasiones, de imágenes, enlaces a vídeos, tutoriales o conformarse con una breve descripción.

Figura 3: Detalles sobre la venta de un producto



Fuente: http://wallst4qihu6lvsa.onion.

El mercado objeto de nuestro estudio cuenta con un sistema de reputación que premia a los vendedores fiables y con más experiencia. Se destaca el trabajo de los que más venden generando menos disputas —que se interpretan como muestra de insatisfacción de los compradores— los mercados que operan en internet profundo, por lo general, intentan, en cuanto pueden, emular los grandes portales digitales como eBay, Amazon o Aliexpress siendo WSM un claro ejemplo de que es posible hallar mercados bien elaborados y administrados en internet profundo; no obstante; en el aspecto técnico hemos podido constatar que ciertos problemas ocasionan la inactividad del sitio web durante largos o cortos períodos.

Al igual que otros mercados electrónicos en la superficie, los productos y servicios que se ofrecen pueden ser evaluados por los compradores por medio de un sistema de votación y por los comentarios, aunque realmente muchos no proceden de opiniones desinteresadas basadas en las experiencias de los consumidores.

El sistema de votaciones integrado en WSM es un elemento de gran importancia ya que facilita la localización de los proveedores de confianza y los productos de mejor calidad, señalando al consumidor sus mejores opciones para adquirir un determinado servicio o producto; no obstante, se trata más bien de un sistema no del todo eficaz debido a que los administradores del sitio web cobran por convertir a cualquiera en un "vendedor de confianza". Este tipo de prácticas demuestra que WSM no es un mercado electrónico que responde a los estándares de calidad sino, más bien, un mercado negro administrado por delincuentes.

VIII. Foros y redes sociales como plataformas de comunicación, difusión y marketing

La emergencia y evolución de las comunicaciones por internet generó un impacto de carácter social sin precedentes. Observamos un mundo interconectado, permitiendo a cualquiera compartir lo que quiera en una comunidad virtual creciente. En ciertas plataformas virtuales vemos que todos tienen algo que compartir y la información circula sin cesar, en forma de pensamientos, opinio-

nes, inquietudes, consejos, etc. De este modo, cualquiera puede transmitir información sobre cualquier tema, tanto si elige a internet normal o "profundo".

Con el desarrollo de las redes sociales muchos se hicieron conscientes de sus ventajas, y más precisamente las empresas que, como se tratase de una obligación, empezaron a utilizarlas como poderosas herramientas para trabajar la imagen de sus marcas. En el caso del comercio electrónico hallamos su injerencia en las redes sociales de manera más palpable en las temporadas altas de comercio, donde se percibe fácilmente anuncios de promociones y descuentos que demuestran un alto interés de implicación por parte de las compañías en las nuevas tecnologías de comunicación (YOUSEF, 2018, p. 339).

En las redes sociales las compañías proponen sus productos y los consumidores opinan sobre ellos. De este modo se establece y se consolida una relación basada en el fomento de la conversación, la colaboración y el intercambio de experiencias. La interacción del cliente con la empresa ofrece oportunidades para mejorar y adaptarse mejor a sus necesidades (TUSSYADIAH, KAUSAR, & SOESILO, 2015). Y es de sobra conocido que la circulación vía internet de información positiva o negativa sobre un determinado producto o marca por parte de los internautas influye en gran medida en su comercialización. A modo de ejemplo, podría tratarse el caso de un producto que se ofrece en un sitio web como Amazon, Aliexpress, eBay o WSM.

Las redes sociales no son el único modelo exitoso de comunicación basado en el intercambio de información entre usuarios, los foros también gozan de mucha popularidad y se utilizan generalmente como espacio de intercambio de experiencias y opiniones. Si en las redes sociales las personas, normalmente, interactúan con conocidos en los foros, generalmente, se interactúa con desconocidos. En la mayoría de los casos, los internautas utilizan seudónimos para identificarse en el foro y participar. Observamos la existencia de todo tipo de foros. Para cualquier temática existe un foro en internet y una comunidad virtual detrás que lo mantiene activo.

Este modelo estratégico de negocio, donde las empresas intentan llegar a sus posibles clientes por medio de las redes sociales en internet normal lo hallamos, asimismo, en los foros en internet profundo, donde los mercados negros intentan atraer a los clientes y est estos intercambian experiencias o consejos en relación al consumo de drogas. En dichos foros los administradores de mercados o proveedores de sustancias ilícitas compiten por captar clientes.

IX. Las comunidades que están detrás de la promoción de los mercados negros

Muchos creen en la veracidad de la información existente en los foros dando por hecho que se trata de experiencias reales. La necesidad de interacción social y la comunicación de opiniones tanto positivas como negativas son motivaciones que explican la intervención del individuo en los foros de internet. De este modo una simple opinión subjetiva sobre un producto o servicio ofrecido en internet cuenta como una experiencia real y legítima (SAVI MONDO & FIATES, 2016, p. 128).

Los foros no solamente existen para informar o desinformar sobre la calidad de las drogas ni se limitan a proporcionar información de distinto índole sobre las sustancias psicoactivas, ni tampoco su rol se limita al intercambio de consejos o exhortaciones en cuanto a la seguridad y el modo de navegación anónima en internet profundo. Estos foros demuestran que existe una comunidad que comparte intereses, incluso inquietudes y opiniones políticas. Pertenecer a una comunidad de este tipo ofrece al usuario un apoyo anímico.

Tanto los mercados negros en internet como los foros vinculados no constituyen un sistema perfecto para evitar el fraude y las estafas, sin embargo, parten de una ventaja. La comunicación facilita la obtención de información sobre los productos, lo que quiere decir que los consumidores pueden apercibir de una mercancía de buena o mala calidad después de probarla. Este tipo de información es trascendental, tratándose de un modelo no extrapolable al tradicional. De hecho, muchos proveedores aseveran que sus productos han sido probados con anterioridad en "los laboratorios" y aseguran ofrecer información fiable sobre su pureza. La gestión de estos foros por parte de los administradores aparentemente imparciales satisface a los usuarios (CAUDEVILLA, 2016, p. 70).

En los foros vinculados a los mercados de drogas en internet muchos proveedores exponen información sobre la calidad y la pureza de las sustancias que comercializan en los mercados negros, exponiéndose a los comentarios de los consumidores que pueden corroborar o desmentir dicha información. Llama la atención el hecho de que los proveedores también aconsejan sobre un uso más seguro de sus productos informando además de varias cuestiones como la disponibilidad, el envío, etc. (CAUDEVILLA, 2016, p. 70).

Es muy importante la neutralidad de los administradores de los foros, por tanto, no puede haber casos de encubrimiento o complicidad entre proveedores, administradores de mercados y administraciones de foros, de ser así con el tiempo podría averiguarse la existencia de dicha relación, y si tomamos en cuenta que existen varios foros ajenos a los mercados y varias opciones de comunicación entre consumidores aquello aumentaría las probabilidades de que se revele este tipo de relación.

En todo caso, el usuario de los mercados negros cuenta con la ayuda que le brindan los foros como el asesoramiento sobre los productos y las transacciones (CAUDEVILLA, 2016, p. 70), detrás de estos foros existe una comunidad activa muy familiarizada con todo lo relacionado con la venta de drogas en internet profundo.

X. El funcionamiento de los foros de drogas

En nuestra observación de los foros relacionados con las drogas y su venta por internet, deducimos que cada uno posee una estructura distinta y que aplica sus propias normas. Son, de todas formas, sitios web similares en cuanto a su diseño a lo que ya existe en la superficie. Son, por añadidura, plataformas de intercambio de opiniones y pensamientos que dan lugar a una subcultura cibernética dinámica y autorregulada.

El modo de organización de información por categorías y subcategorías convierte estos foros en un instrumento de comunicación atractivo y popular donde cualquiera puede participar y discutir sobre un tema de su interés. Aunque realmente nos referimos a discusiones que giran en torno a cuestiones ilegales, las normas en estos foros están para establecer los límites y convertir las discusiones ilegales en correctas y aceptables desde el punto de vista ético de la comunidad. Esto, así mismo, nos indica que la "comunidad de toxicómanos" no acepta como ilegal ni reconoce el delito, o se resiste a hacerlo, cuando se trata el caso de un asunto que limita sus libertades. Lo que quiere decir, que no reconocen a ninguna autoridad que les diga que uno no puede o cuándo puede hacerse daño así mismo por medio del consumo de drogas.

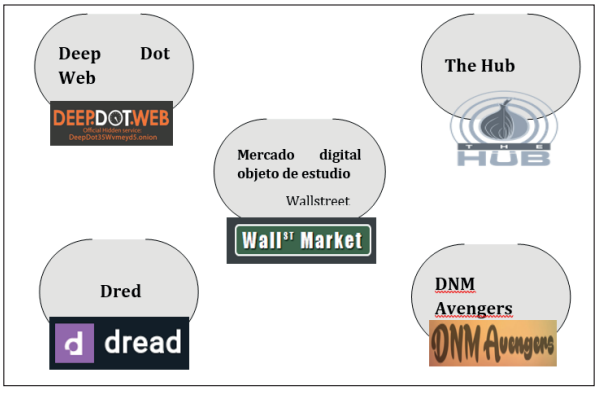
Los foros proporcionan advertencias, aclaraciones, avisos, asesoramientos, indagaciones y estos son datos de suma utilidad para el usuario, ya que en función de ello uno puede aumentar el grado de precauciones a la hora de navegar por internet profundo, asegurar sus comunicaciones con "Gpg4usb", elegir un determinado mercado para comprar, qué productos podría comprar, la criptomoneda que debería emplear, cómo hacerlo y cómo prevenir las estafas. Estas plataformas virtuales son empleadas como medios eficaces de intercambio de información, lo que ayuda a mejorar todo el sistema y el orden que está detrás de este fenómeno.

XI. Los foros vinculados a los mercados negros y la venta de drogas

En nuestro análisis de los foros de drogas en internet, hemos hallado que los administradores del mercado WSM están presentes en varias plataformas virtuales donde proporcionan información y asesoramiento en relación a su mercado, también podemos hallar administradores de otros mercados haciendo lo mismo para promocionar el suyo.

Toda persona interesada en la compra o implicada en la comercialización de las drogas vía internet acaba frecuentando unos espacios en la red dedicados al intercambio de información y experiencias sobre las drogas. Al formar parte de internet profundo también acaban intercambiando información sobre la seguridad y el anonimato. Así pues, todos conocen o acaban conociendo unos foros que reflejan la existencia de una comunidad que posee sus propias normas y valores. Esto quiere decir que cualquier puede saber cuántos mercados existen en internet profundo, cuáles son los proveedores nuevos, los mercados nuevos, los mejores vendedores, los mercados más conocidos y fiables, etc.

Gráfico 2: Ejemplo de algunos foros vinculados a WSM

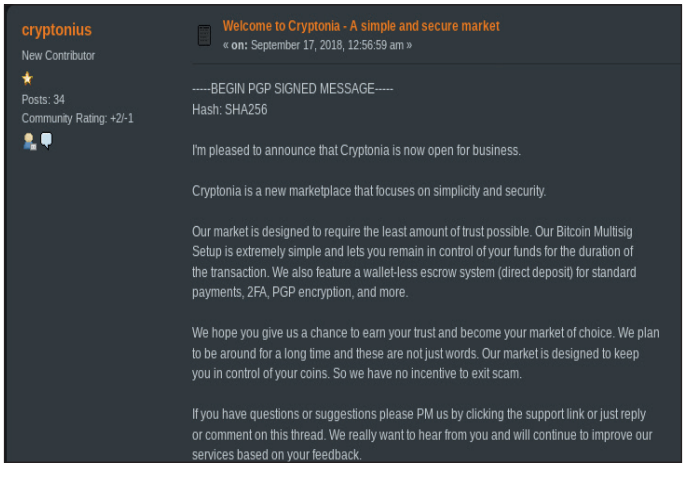


Fuente: elaboración propia.

Foro The Hub. Se trata de un foro en inglés que exige la aceptación de un acuerdo para poder acceder y participar. Al registrarse, el usuario se compromete a respetar ciertas normas de carácter general. Algunas de las prohibiciones que figuran en el acuerdo afectan las publicaciones de todo material falso, incorrecto, de carácter sexual u obsceno, protegido por copyright, etc. En el caso de infracción de las normas que implican acciones legales, los propietarios del foro se reservan el derecho de revelar la identidad del usuario dejando claro que la responsabilidad de las acciones de los usuarios participantes recae sobre ellos mismos y no sobre los propietarios del foro.

Dentro del foro existen tres categorías, principiantes, discusiones generales y mercados. Para los principiantes, se aconseja sobre la seguridad y privacidad aportando habilidades y conocimientos, como los sistemas de encriptación, que les ayuda a evitar errores innecesarios. En cuanto a discusiones generales, hallamos temas diversos no siempre relacionadas con la droga sino con la seguridad del usuario en internet, las criptomonedas, discusiones sobre conceptos legales, servicios de alojamiento web "Offshore", oportunidades de negocio, venta de bases de datos, etc.

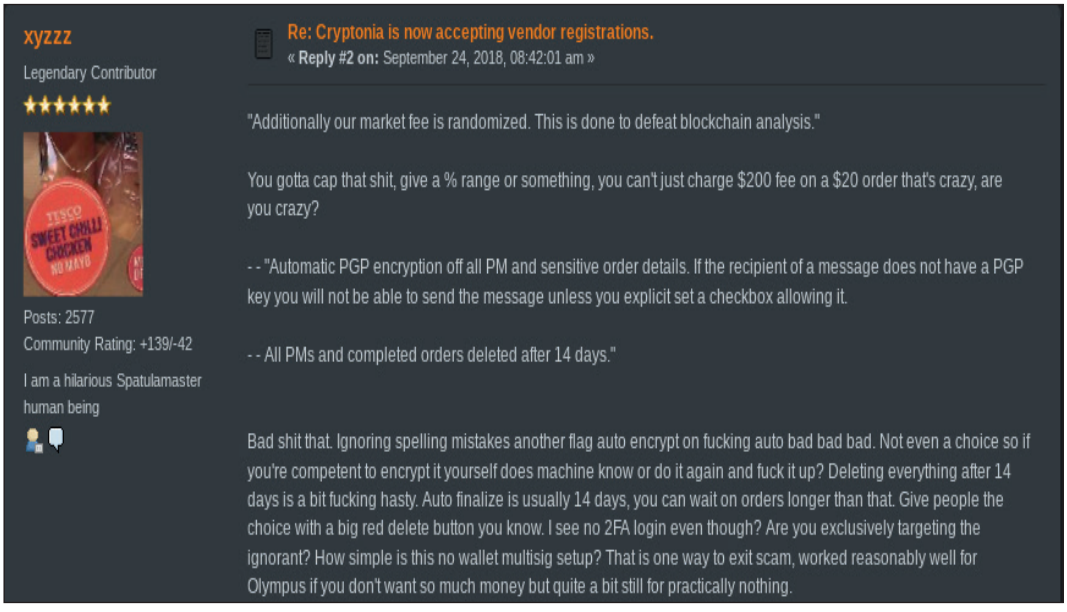
Figura 4: Un usuario anunciando la apertura del mercado Cryptonia



Fuente: Cryptonius. http://thehub7xbw4dc5r2.onion

En lo que se refiere a la categoría de "mercados", hallamos información de distinta naturaleza como la aportada por vendedores de sustancias psicoactivas promocionando sus productos y exponiendo detalles sobre las opciones de envío a nivel internacional. Hallamos, asimismo, varias publicaciones relacionadas con nuestra muestra, WSM, y también las que hacen referencia a otros mercados como Tochka, Dream Market, entre otros. Sorprende la cantidad de usuarios que en realidad son administradores o fundadores de nuevos mercados como Cryptonia Market, Empire Market, Open Bazar, etc., que ofrecen información sobre sus servicios con el fin de atraer a posibles clientes. Juzgamos que este foro goza de una importante reputación entre los internautas de internet anónimo, vinculados al negocio de drogas, por el simple interés que muestran los proveedores y administradores de mercados a la hora de querer tomarse las molestias de anunciar sus servicios en el foro. Algunos usuarios parecen estar al tanto de las ventajas y desventajas que ofrece cada mercado.

Figura 5: Usuario criticando los defectos del mercado Cryptonia



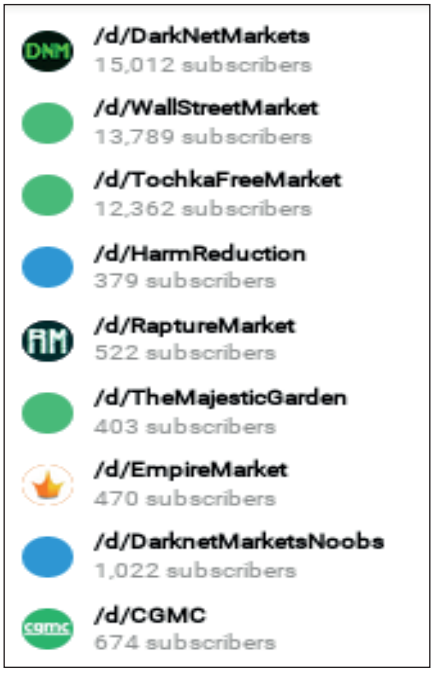
Fuente: Cryptonius. http:// thehub7xbw4dc5r2.onion

Foro Dred. Es un foro en inglés de acceso abierto, no exige que los usuarios se registren para acceder, excepto para publicar. Es similar a Reddit. Cada usuario cuenta con un espacio personal, "muro", que funciona como un sitio web dentro de otro sitio web, esta área personal puede ser empleada por cualquiera para cualquier fin. Lo que quiere decir que el uso de estos espacios virtuales puede cambiar de acuerdo a los intereses de una persona, ya que, a modo de ejemplo, un administrador de un mercado puede explicar el funcionamiento de su mercado, un proveedor la puede usar para promocionar sus productos y un comprador puede opinar sobre sus experiencias o sobre los productos de su interés.

El foro está destinado a una comunidad que opera en la clandestinidad y que parece estar dedicado a cuestiones relacionadas con el comercio de droga de forma general. Por lo que es frecuente hallar cualquier tipo de información relacionada con esta actividad. Llama la atención el caso de los clientes insatisfechos exponiendo sus quejas debido a una mala experiencia por la compra de un producto, lo que implica o bien un mercado concreto por una mala gestión de un depósito

o un proveedor que vende un producto que no cumple con los criterios de calidad o de envío. Este tipo de quejas obliga a que los responsables reaccionen con el fin de evitar la mala publicidad y no verse perjudicados frente a la competencia. Este comportamiento coincide con lo observado en las redes sociales en "internet normal".

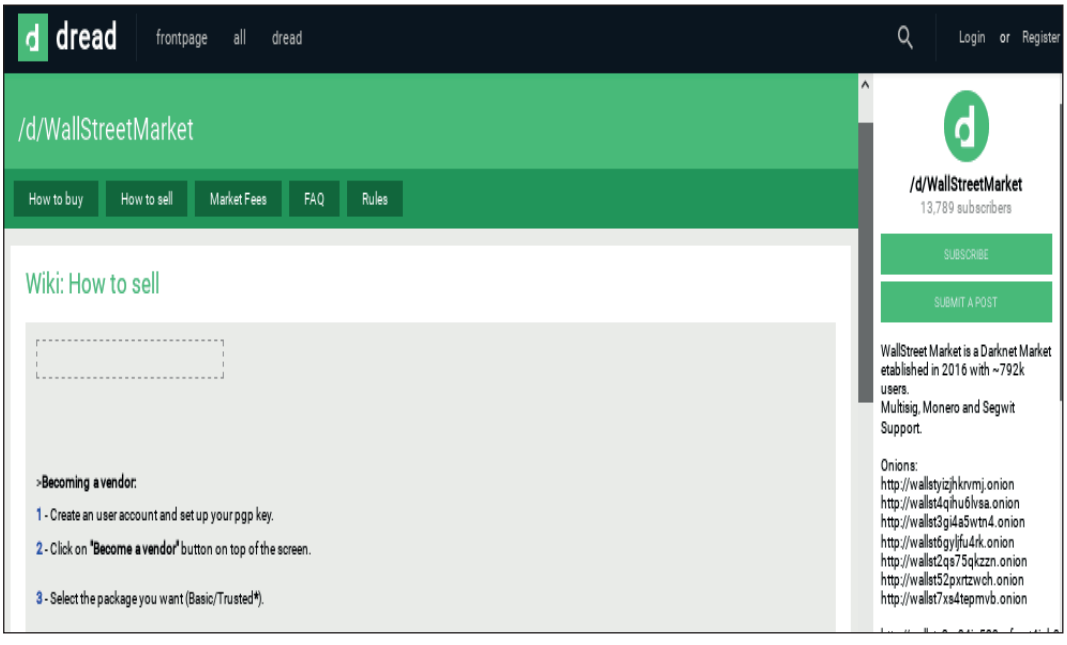
Figura 6: Varios administradores de mercados negros utilizando el sitio web Dread para promocionar sus servicios



Fuente: Dread. http://dreadditevelidot.onion

Si nos centramos en el caso de WSM y su "área personal", observamos que ofrece información o indicaciones tanto para los consumidores como para los vendedores. Para los vendedores existen varias indicaciones relacionadas con la adquisición de experiencia donde la satisfacción del cliente es lo primordial para mejorar su posición en el mercado. También hallamos información sobre los servicios que los proveedores pueden adquirir como "el plan básico" o "el plan de confianza" que tiene un coste de 200 $. Por lo general, observamos que WSM explica detalladamente varias cuestiones relacionadas con situaciones que pueden darse en el mercado como el modo de devolución de los pagos, los plazos para las disputas, problemas relacionadas con el acceso al mercado por medio de Tor, etc.

Figura 7: Espacio personal del mercado WallSteet Market



Fuente: Dread. http://dreadditevelidot.onion

Foro DNM Avengers. En la sección de control de calidad del sitio web WSM, se proporciona la siguiente información:

WallStreet Market se ha asociado con DNMAvengers, un foro y una comunidad que se dedican a reducir los daños difundiendo el conocimiento por medio de las pruebas sobre un producto sospechoso o que contiene adulteraciones.

Esta asociación creará un sistema que hace que sea muy difícil para los proveedores de WallStreet Market vender productos adulterados sin que pasen desapercibidos.

Si sospecha que ha recibido una sustancia adulterada / incorrecta, puede crear un informe en el foro de DNMAvengers.

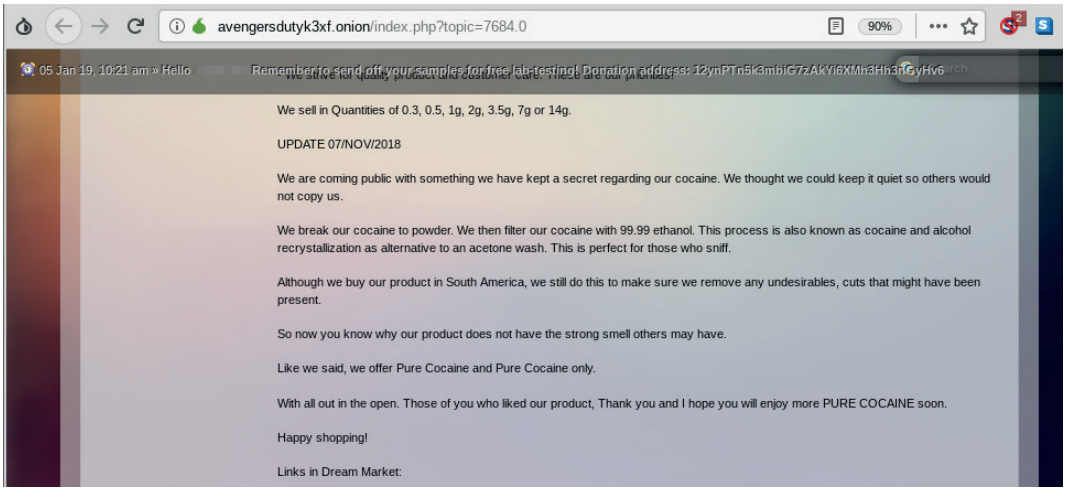
El personal del foro de DNMAvengers verificará el informe, buscará las quejas en las revisiones de los proveedores, otros miembros agregarán cualquier información que tengan, y luego se tomará una decisión de probar o no la sustancia.

DNMAvengers es un foro al que no se puede acceder sin previo registro. Cuenta con sus propias normas, de modo que los usuarios deben abstenerse de publicar cualquier contenido relacionado con la pedofilia, zoofilia, armas y explosivos, fraude y el comercio de fentanilo.

Según observamos, es un foro donde se intercambia información con relación a los vendedores y sus mercancías. Para los vendedores la confianza es un aspecto crucial para vender sus productos. Por esta razón utilizan este medio para informar sobre la calidad de su mercancía esperando que los

clientes corroboren dicha información, lo que de por sí supone el éxito del vendedor en este tipo de entornos. Cabe destacar que todos los clientes y vendedores experimentados conocen los distintos mercados existentes en internet profundo. De ahí que no sorprende hallar un usuario facilitando un enlace que remite a un mercado donde se pueden comprar un producto previamente vendido y conocido por la comunidad, debido a su calidad.

Figura 8: Usuario dando detalles sobre la calidad del producto que vende



Fuente: Avengers Duty. http://avengersdutyk3xf.onion

Foro Deep Dot Web. No es solamente un foro o plataforma de discusión sobre los mercados negros. Se trata de un periódico digital que publica noticias y artículos relacionados con varios temas de gran interés para el usuario de internet profundo, como la implementación de medidas legislativas por parte de algunos países de cara a la limitación del uso de criptomonedas por los delincuentes, detenciones de traficantes de drogas de internet profundo, las mejoras de seguridad en el navegador Tor, análisis periódico del precio actualizado de Bitcoin, etc.

En este sitio web hallamos una sección dedicada a la evaluación de mercados. Así pues, por medio de la encuesta, los usuarios pueden opinar y valorar los mercados indexados en el sitio web. De este modo, la página web puede ofrecer información estadística indicando una lista de mercados de mayor a menor confianza. A modo de ejemplo, WSM es considerado uno de los "mercados Top" en internet profundo, cuenta con 193 opiniones y en cada una se opina y se evalúa por medio de un sistema de votación de 5 estrellas. Observamos que WSM posee una media de 4,22/5. En las siguientes figuras podemos observar el ejemplo de dos opiniones y valoraciones distintas al mercado WSM.

A diferencia de otros foros donde se discute principalmente sobre temas vinculados a varios aspectos correspondientes a las drogas y la seguridad, en este sitio web se ofrece información de suma importancia en forma de noticias de actualidad que ayudan a los criminales a conocer mejor el panorama político y estar más conscientes de las consecuencias penales en relación a sus actividades.

XII. Conclusiones

Los mercados de drogas en internet suponen una realidad en la actualidad, luchar contra esa realidad implica un proceso de adaptación a una tecnología que de momento las autoridades de varios países la consideran como compleja debido a sus limitadas capacidades y perspectivas de lucha tradicional contra el crimen organizado.

El funcionamiento de los mercados negros en internet profundo depende de la satisfacción del cliente, más concretamente del comprador o de las personas que padecen drogadicción. Muchos podrían aventurarse en una hipótesis que se basa en que los mercados negros son un fraude, de ser así no se podría justificar la obtención de los resultados alcanzados en esta investigación que reflejan la existencia de toda una comunidad que opera en la clandestinidad intercambiando información actualizada de forma constante sobre cualquier temática que contribuye a la mejora de su experiencia en la navegación en internet profundo y al aumento de las compras "seguras" de productos ilegales y adquisición de servicios.

Los mercados negros como WSM no dejan de crecer y, por otro lado, muchos nuevos seguirán apareciendo ya que, como hemos mencionados anteriormente, los mercados electrónicos suponen un negocio en auge, y el mercado negro no es una excepción. No podemos entender este fenómeno sin tomar en cuenta las nuevas tendencias de consumo, inherentes al comportamiento de la sociedad del siglo XXI.

De acuerdo a nuestro análisis del mercado negro y los foros vinculados concluimos que se trata de un conjunto de personas que colaboran entre sí y que se dividen entre consumidores administradores y proveedores. La relación que caracteriza estas partes es, por lo general, competitiva sin embargo existen varios defectos que demuestran que estos mercados están muy lejos de considerarse fiables. Se trata de una estructura y una organización que permite que todos se impliquen por facilitar la comunicación entre todas las partes, en caso de mejorar este modelo y sistema de negocio habrá más consumidores y, por consiguiente, más inversores e incontables problemas y retos para las autoridades.

Llama la atención que en todos los foros que hemos visitado se insiste en el uso del programa informático "Gpg4usb", que garantiza el anonimato y la seguridad en las comunicaciones, debido al sólido sistema de encriptación y desencriptación de mensajes de texto que posee. El hecho de que los delincuentes estén cerciorados de poder comunicarse anónimamente demuestra, por una parte, su capacidad de evitar a las autoridades y, por otra, sus excelentes competencias digitales.

XIII. Referencias

ALDRIDGE, J., & DECARY-HÉTU, D. (2016). "Cryptomarkets and the future of illicit drug markets", en MOUNTENEY, J. - BO, A. & OTEO, A., *The internet and drug markets*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, pp. 23-30.

CAUDEVILLA, F. (2016). "The emergence of deep web marketplaces: A health perspective. The internet and drug markets", EMCDDA Insights 21, pp. 69-75.

GEHL, R. (2016). "Power/freedom on the dark web: A digital ethnography of the Dark Web Social Network. new media & society, 18, 1219-1235. doi:10.1177/1461444814554900.

MEYLAKHS, P. (2017). "The Current State of the World Heroin Markets", en SAVONA, E. - KLEIMAN, M. & CALDERÓN, F., *Dual markets: comparative approaches to regulation,* New York, pp. 21-36. Springer. doi:10.1007/978-3-319-65361-7_2.

SAVI MONDO, T. & FIATES, G. (2016). "Atributos de la calidad de servicios en atractivos turísticos: un estudio netnográfico en el uso del protocolo TOURQUAL", Estudios y Perspectivas en Turismo, pp. 124-142.

THOUMI, F. (2017). "International Drug Conventions, balanced policy recipes, and Latin American cocaine markets", en SAVONA, E. - KLEIMAN, M. & CALDERONI, F., *Dual mar-*

kets: comparative approaches to regulation, New York, pp. 69-92. Springer. doi:10.1007/978-3-319-65361-7_5.

TUSSYADIAH, I. - KAUSAR, D. & SOESILO, P. (2015), "The effect of engagement in online social network on susceptibility to influence", Journal of Hospitality & Tourism Research, pp. 1-23. doi:10.1177/1096348015584441

YOUSEF, M. (2018). "Social media with its role in supporting e-commerce and its challenges", Journal of Fundamental and Applied Sciences, pp. 336-340.

La carrera delictiva de un adolescente traficante de drogas de Sonora, México: reflexiones desde la elección racional del crimen

Antonio de Jesús Barragán Bórquez (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. Revisión teórica.— IV. Método.— V. Perfil general de Rodrigo.— VI. Inicio y antecedentes de la carrera delictiva.— VII. "Era mini narco": carrera delictiva.— VIII. Reflexión final.— IX. Bibliografía.

I. Resumen

Este artículo analiza desde la criminología cualitativa la relación individuo-ambiente social en el caso de un joven interno por Delitos Contra la Salud en un Centro para Adolescentes en conflicto con la Ley de Sonora, México. Como parte de una investigación realizada en dicho centro se entrevistó a Rodrigo, a quien por cuestiones de seguridad y éticas llamaremos así, quien estuvo por más de un año en el Centro Intermedio de Hermosillo. Era narcomenudista, en su casa montó su propio "tiradero", fue detenido cuando llevaba más de tres años en el "negocio", el cual prosperaba hasta el momento de su detención. Desde su voz y relato es posible detectar factores individuales y sociales que permiten entender su delincuencia. Donde la simple "decisión" que da pauta para el emprendimiento de una carrera delictiva contiene complejos trasfondos que remiten al análisis de eventos importantes en su historia de vida.

II. Introducción

El narcotráfico y narcomenudeo conforman fenómenos sociales de interés público y académico, los cuales han tomado notoriedad en los últimos años debido a la realidad que se ha venido presentando en nuestro país. Ambas problemáticas se distinguen por concentrar un capital humano mayoritariamente juvenil e incluso infantil para su ejecución. Por lo cual es necesario prestar atención a la población de jóvenes, adolescentes y niños que viven en zonas de alto riesgo de involucramiento delictivo.

En este rubro, el estado de Sonora en los últimos años se ha considerado como una de las entidades del país donde más se cometen delitos contra la salud en sus diferentes modalidades **(1)**. Debido a su ubicación y a sus fronteras, Sonora siempre se ha caracterizado por ser una región estratégica para el tráfico de personas, armas y drogas ilícitas hacía los Estados Unidos o viceversa, lo que representa un área muy importante para los cárteles del narcotráfico que ahí operan. Que por tradición han sido sinaloenses u operadores locales de estos los que históricamente han controlado la zona **(2)**.

(*) Mtro. Antonio de Jesús Barragán Bórquez. xntonio@hotmail.es. El Colegio de Sonora. México.

(1) Según datos del SESNSP (Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública) las entidades con mayor incidencia en delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo durante los últimos tres años, 2014-2015-2016 en ese orden, fue Baja California con 2, 875, 741 y 362 personas procesadas por dicho delito correspondiente a cada año, seguido de Sonora con 424, 312 y 146 incidencias delictivas respectivamente.

(2) Desde 2008, y a consecuencia de una ruptura interna en el Cártel de Sinaloa por parte de los hermanos Beltrán Leyva contra la facción del Chapo Guzmán y El

A pesar de ese contexto, la presente investigación se enfoca en el mercado interno (narcomenudeo) **(3)** y en específico aborda a los individuos que lo operan. De los cuales se pueden observar básicamente dos tipos: donde una parte de ese mercado lo abastecen los puntos de venta de droga, comúnmente llamados "tiraderos", y por otra, están los traficantes sin un punto de venta fijo (servicio a domicilio). Los primeros se caracterizan por encontrarse generalmente en contextos de marginación, mientras que los segundos se insertan en un mercado de consumidores de estratos medios y altos, mayormente en zonas urbanas. En ambos casos se le conoce coloquialmente como "tirador" al sujeto que opera los intercambios de drogas al menudeo, sin embargo, los contextos de su trabajo suelen ser diferentes para cada caso.

Durante sus carreras delictivas en algún punto del intercambio del micro tráfico las interacciones que establecen los vendedores se llegan a intercalar con las actividades de pequeños operadores locales de las grandes organizaciones criminales **(4)**, es decir, existe un punto de encuentro. Puesto que el menudeo local depende del cártel que controla la zona.

Las drogas de mayor rentabilidad como la marihuana, cocaína, opioides y metanfetamina (cristal) son producidas y/o controladas a gran escala por estas organizaciones. Y en un proceso de suministro va "cambiando de manos" hasta llegar al consumidor del vecindario local. Lo cual trae consigo implicaciones relevantes para el menudista cuando este cobra relevancia en el mercadeo local de drogas, conformándose así un fenómeno de interés criminológico y social.

Sobre ello, las Leyes Penales en México consideran al tráfico de drogas como un delito grave. En 2014, según cifras del Sistema de Justicia para Adolescentes, se encontraban 66 jóvenes internos por delitos contra la salud en Sonora. Y aunque dicha cifra representa menos del 10% del total de la incidencia delictiva grave en la región (N=741), este comportamiento es considerado como uno de los delitos que presenta mayor incidencia en esta población **(5)**. Siendo el robo en sus diferentes modalidades el delito por excelencia en la incidencia delictiva tanto de jóvenes como de adultos.

III. Revisión teórica

La criminología, como ciencia encargada de estudiar los fenómenos delictivos afirma que su objeto de estudio es provocado por múltiples factores. Y en el caso de los traficantes de drogas también deben de considerarse una serie de diversos elementos para explicar su delincuencia.

Distintas corrientes de pensamiento criminológico han aparecido en el devenir histórico de esta ciencia sintética, algunas ya han sido superadas, otras aún mantienen su fuerza explicativa. En ese abanico de postulados encontramos cuerpos teóricos que comprenden elementos macro o sociales, así también están los de corte individualista, sin embargo, las nuevas teorías criminológicas han optado por la llamada integración teórica, puesto que consideran tanto elementos individuales y sociales para una explicación integral de la delincuencia.

Establecido lo anterior, se dice que existen diversos factores que inciden en la voluntad que una persona puede tener para cometer un delito, como lo son: el espacio donde se desarrolla dicho delito, elementos que pretenden disua-

Mayo Zambada se iniciaron las pugnas por el control de territorios y plazas que significan una importante rentabilidad para el negocio, provocando así un aumento en la violencia en la región.

(3) El Narcomenudeo es un conjunto de actividades cuya finalidad es la de proveer drogas ilícitas a quienes las consumen (ZAMUDIO, 2012, p. 55). Comprende un intercambio mercantil dentro de un mercado ilegal que implica un conjunto de relaciones sociales no solo reducidas a la mera transacción, sino que se insertan en un mercado global de drogas con algunas diferencias propias del contexto donde dicha actividad se reproduce.

(4) En México se considera a los jóvenes, adolescentes y niños que se enrolan en organizaciones criminales como los casos más graves y preocupantes de la delincuencia juvenil actual (AZAOLA, 2014). En 2013, un informe elaborado por Libera Internacional indicaba que eran aproximadamente 75,000 niños y adolescentes los que trabajaban para los cárteles mexicanos en las diferentes áreas de la división del trabajo de dicha actividad.

(5) Para una mayor revisión del perfil general de los menores de edad internos en el Estado de Sonora se recomienda revisar a BARRAGÁN BÓRQUEZ (2015). Por el recorrido de la vida y al muerde: identidad y aprendizaje social de jóvenes sicarios en Sonora. Tesis de Maestría en Ciencias Sociales. El Colegio de Sonora.

dir el crimen, así como también la determinación del victimario (ARCIÓN, 2013, p. 9). En este nivel de análisis se encuentran las teorías de la *Elección Racional del Crimen*, corriente de pensamiento que se basa en el principio de costo-beneficio del delito y cuya tradición es bastante antigua en la criminología, por lo que las nuevas corrientes de este pensamiento consideran también una gran cantidad de contingencias que pueden influir en ello (TITTLE, 2006).

El auge de este enfoque se dio en Estados Unidos a mediados del siglo XX emergiendo como una crítica a los postulados positivistas italianos del crimen (MEDINA, 2015, p. 83). En sus orígenes la Teoría de la Elección Racional del Crimen se enfocaba en estudiar las acciones humanas y los mecanismos que se localizan detrás de la acción criminal, centrándose en elementos como *la intencionalidad* y *la racionalidad*, donde la intención responde a las razones existentes para cometer el delito, que incluyen deseos y creencias, mientras que la racionalidad es la forma en que opera la toma de decisiones con el objeto de maximizar la utilidad esperada (ABITBOL y BOTERO, 2005, pp. 134-135). Desde sus orígenes este enfoque prioriza el análisis del comportamiento individual y pone énfasis en el hecho delictivo y los mecanismos que lo operan.

Se debe prestar más atención al acto delictivo y a los factores situacionales, indican Cornish y Clarke, principales exponentes de la elección racional criminológica más actual. Para estos autores, los procesos de decisión que llevan a cabo los criminales, en términos generales, son similares a los que lleva a cabo cualquier persona. En ese proceso, la oportunidad se vuelve primordial para entender el surgimiento del delito, así como también lo es la relación entre oportunidad e intencionalidad delictiva. En esta versión más moderna de la elección racional se incluye que las elecciones que pueden llevar a cabo los delincuentes no siempre son del todo racionales, puesto que los vacíos en la información disponible imposibilitan realizar cálculos racionales completos (PATIÑO, 2015). Es decir, se establece que el criminal no siempre calcula racionalmente con la intención de maximizar su beneficio cuando delinque, y dicho comportamiento debe ser considerado dentro de un marco contextual el cual contiene una serie de elementos que influyen en el proceso de toma de decisiones.

Así pues, una de las dinámicas a la que la criminología de la elección racional ha prestado mayor atención es a la relación individuo-situación, ya que allí también se localizan los conflictos que inciden en las conductas delictivas. De ese modo, los teóricos señalan que los delincuentes varían en cuanto a su disposición y en su experiencia previa al crimen (CORNISH y CLARKE, 2003, p. 80).

A partir del análisis de los factores situacionales del delito se ha creado toda una corriente de pensamiento criminológico enfocado principalmente en la prevención criminal. En esa vena de análisis se inscribe la perspectiva de *las oportunidades criminales*, la cual se avoca a entender en un espacio-tiempo la convergencia de delincuentes, objetivos criminales y ausencia de guardianes (AGUSTINA y REALES, 2013; 6), donde la interrelación de esos elementos influyen en la futura comisión de delitos en espacios de interacción delimitados, como por ejemplo, la forma en que la permisibilidad y/o protección policial dada a través de relaciones de corrupción explican en parte el desarrollo y reproducción de las actividades del narcomenudeo a nivel de barrio, no solo existe ausencia de autoridad, sino que estas se encuentran colaborando al omitir el papel para el que fueron designados.

En concreto, la perspectiva teórica de la elección racional tiene como empresa entender cómo el delincuente toma decisiones ciertamente motivadas en un ambiente definido (BERNAOLA, 2015), y de alguna forma también resulta útil para analizar cómo la delincuencia va redefiniendo ese ambiente durante el transcurso de las carreras delictivas de los propios actores.

La elección racional criminológica considera elementos situacionales, individuales y contextuales para explicar la delincuencia. En este caso en particular, aspectos como los objetivos que justifican el inicio y mantenimiento de la delincuencia son importantes para el análisis, así también la descripción del espacio donde se ejecuta el tráfico de drogas, y la influencia que puede ejercer en el mantenimiento (repetición)

de la conducta delictiva del individuo. También deben considerarse la disposición al crimen, así como la percepción que tiene el propio individuo sobre la conducta delictiva (experiencia) y los procesos adaptativos que experimenta durante el transcurso de la carrera delictiva.

Desde la visión de una elección racional más acabada, el delito no es un fenómeno único, sino que los delincuentes llevan a cabo una serie de otros comportamientos que configuran al delito, este es pues la "culminación" de una serie de factores que inciden en el comportamiento delictivo, y al mismo tiempo el delito trae consigo otra serie de comportamientos específicos y generales (CORNISH y CLARKE, 2008, en CAMPOY y SUMMERS, 2015, p. 44). Al respecto, el crimen y el tráfico de drogas responden a fenómenos complejos que no pueden ser reducidos a una visión simplista-explicativa del mismo, sino que se deben comprender factores adyacentes para el estudio de las carreras delictivas, puesto que estas no son estáticas, ni permanecen inmutables.

Desde esa óptica, la experiencia relacionada con el crimen influye en el desarrollo de la propia carrera delictiva. Y dada la naturaleza del tráfico de drogas, la implicación en el crimen puede ser abordada con facilidad desde el análisis costo-beneficio, sin embargo, como ya se ha señalado se debe enfatizar en los factores que influyen en la repetición y evolución criminal, como lo son el contexto y las cuestiones situacionales del crimen.

En resumen, el crimen es un fenómeno o acto individual que no puede ser explicado en su totalidad sin considerarse el ambiente donde se desarrolla, como lo ha venido descubriendo la propia evolución teórica de la elección racional, así como también lo han hecho otras corrientes del pensamiento criminológico.

IV. Método

El trabajo de campo se realizó en el Centro Intermedio del Instituto de Tratamiento y Aplicación de Medidas para Adolescentes, por sus siglas ITAMA, el organismo encargado de atender la delincuencia juvenil en el Estado de Sonora.

Como parte de una investigación llevada a cabo en 2015, se aplicaron entrevistas a profundidad semiestructuradas a una muestra de quince adolescentes internos por diversos delitos*: homicidio doloso, y en grado de tentativa, secuestro, tráfico de personas, portación de arma de uso exclusivo de las fuerzas armadas, delincuencia organizada, y delitos contra la salud.*

Rodrigo fue uno de esos jóvenes entrevistados. Desde su relato y su memoria se reconstruye parte de su vida como vendedor de drogas ilícitas, lo cual debe considerarse de un alto valor empírico.

El encuentro con el joven traficante: Rodrigo se encuentra en su celda por la mañana. Es el periodo vacacional dentro del Centro de Internamiento, y hace mucho calor. Previamente se solicita "la bajada" del joven a los guardias en turno. Desde las oficinas de trabajo social hacen llegar el mensaje al *morro* para que se prepare. En el escritorio donde se llevará a cabo la conversación se instala el agua, galletas, frituras, jugo y servilletas para amenizar el encuentro. Baja el joven. Lo espero frente a la reja de metal. Abren el candado, nos presentamos con un apretón de manos y lo invito a introducirnos a la habitación. Nos sentamos y le explico de qué se trata todo. Pero antes ponemos las reglas; tiene la libertad de responder lo que quiera y del modo en que lo desee expresar resguardado desde el anonimato. Acepta participar en el estudio y comienza nuestra conversación. Resulta ser un joven muy inteligente y carismático. Mantiene una fluida conversación y responde todo con detalle.

V. Perfil general de Rodrigo

Según indica su expediente, Rodrigo es oriundo de alguna ciudad Sonorense. Al momento de su detención vivía con su madre. Es hijo único. Su padre falleció en un accidente automovilístico cuando el muchacho tenía doce años. Su madre tiene una escolaridad de primaria completa y es empleada. Su padre era militar.

El joven afirma tener una pareja adolescente, la cual pasa la mayor parte del tiempo en su casa debido a que hasta el momento de su detención, la joven se encontraba esperando un hijo, el cual nació durante el internamiento de Rodrigo.

Dicho documento también señala que pertenece a un nivel socioeconómico bajo. Así mismo, los trabajadores sociales categorizaron a su familia como desintegrada y disfuncional. Su vivienda es de ladrillo, cuenta con dos recamaras, baño, sala y cocina, es propiedad de su familia.

Fue detenido a la edad de diecisiete años por delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo en su variante de posesión con fines de comercio de metanfetaminas, comúnmente conocido como *Crystal*, y también de Cannabis Sativa.

Según el parte policíaco, la detención fue efectuada por elementos de la Policía cuando patrullaban las calles del vecindario del joven, no fue sino hasta que pasaron frente a la casa de Rodrigo, quien se encontraba en la banqueta de su vivienda en compañía de algunos jóvenes, momento que fue registrado por los agentes y en sus bolsillos encontraron algunos "globitos" de cristal, dando un peso de dos gramos de dicha sustancia, y trece de marihuana. Por dichos delitos recibió una sentencia de un año y dos meses en internamiento. Al momento de la entrevista ya había logrado la mayoría de edad y estaba a punto de cumplir un año adentro del centro de internamiento.

Su expediente asevera la existencia de antecedentes de detenciones por vagancia. Y el joven argumenta haber tenido algunos tíos en prisión.

Para ese momento la madre mantenía una relación de pareja. Ella es quien pone las reglas en su casa, sin embargo, no son obedecidas por Rodrigo.

Su grupo social de amigos lo integran jóvenes de su mismo barrio, cuyas edades fluctúan entre los 11 y 30 años. Algunos trabajan, otros estudian, otros no hacen nada. Varios de ellos consumen "mota", cristal, heroína, cocaína, pastillas, alcohol y tabaco.

En este rubro, Rodrigo se inició a la edad de trece años en el tabaco y el alcohol, cuando tenía quince empezó con el Resistol, y a los dieciséis llegaron las pastillas y la marihuana. Esta última es la que consumía diariamente, mientras que con el resto de sustancias era solo ocasionalmente. Producto de dichos hábitos, cuando tenía quince años fue internado por un par de meses en un centro de rehabilitación en contra de su voluntad, dice el joven.

En cuanto a su instrucción formal, cursó el preescolar y realizó la primaria sin reprobar ningún grado, de igual forma concluyó la secundaria en el sistema de educación abierta, e inició la preparatoria pero fue expulsado por problemas de conducta. Del motivo de su expulsión cuenta: "nos vieron allí fumando mota y valió, era muy común, es muy común que hagan eso [que los alumnos consuman marihuana a escondidas dentro de las instalaciones escolares]".

En cuanto a su contexto, siempre vivió en el mismo lugar. Una colonia que en sus inicios había sido un asentamiento irregular, coloquialmente conocido como "invasión", espacios donde se van estableciendo las familias con el objetivo de construir sus viviendas de una forma "ilegal", regularmente su aparición se da a las orillas de las ciudades. Estos lugares son caracterizados por sus índices de marginación social y la carencia de servicios públicos como: agua, drenaje, electricidad, transporte colectivo y servicios de recolección de basura. Rodrigo estuvo presente durante el largo proceso que conlleva el transitar de invasión a una colonia formalmente reconocida: Empezó como una invasión, y desde que yo tengo memoria [mi casa] fue casa de cartón, pero mi apá la fue construyendo, a como fue creciendo la colonia, fui creciendo yo junto con ella. Fue invasión y de repente la dejaron como colonia, entonces allí fue donde me crie, allí empecé yo.

VI. Inicio y antecedentes de la carrera delictiva

La etapa adolescente de Rodrigo comenzó con la muerte de su padre, ese evento significa un punto de inflexión sumamente relevante en su vida, como se expondrá más adelante.

Después de la muerte de su papá el joven inició un proceso de desobediencia para con las reglas del hogar, al tiempo que se distanciaba de su madre.

Al respecto, las teorías del Control Social de la Delincuencia argumentan que una persona con vínculos débiles o nulos para con la socie-

dad convencional tiene más probabilidades de llegar a cometer actos delictivos en comparación con aquellos que mantienen lazos fuertes hacía la vida convencional (HIRSCHI, 2003). Desde un enfoque integrador, este pensamiento criminológico es fundamental para entender la delincuencia del caso puesto que primero hubo un rompimiento del lazo que lo mantenía ligado con la vida convencional.

Por así decirlo, en términos generales la convergencia de las *habilidades sociales* que caracterizaban al muchacho desde la adolescencia aunadas al *contexto del barrio* hizo posible su inicio en la venta de drogas.

De sus habilidades para socializar comparte: Yo soy de esas personas que no me cae mal nadie, yo no sé a quién le caiga mal yo. Hasta las personas que yo me daba cuenta que yo les caía mal a esas personas, hasta con ellos me la llevaba bien, aunque estuvieran con una cara acá, yo me la llevaba, no hay pedo.

Aunque considera únicamente tener dos amigos, un par de ex compañeros de la secundaria. El resto de su círculo de pares lo integran conocidos, "compas" y "compañeros de la vida", según refiere.

Considera a las personas con las que solía interactuar en la adolescencia como un círculo muy diverso. "[me juntaba] con gente mayor, con gente menor, no era discriminativo, podía ser negro o güero, moreno, todo bien". Algunos de ellos consumían drogas y otros no.

En esas interacciones con los consumidores Rodrigo detectó una oportunidad para iniciarse en la venta de drogas al por menor, como se registra en el siguiente relato que explica su implicación delictiva.

En lo mismo que yo era menor, yo veía que, "les gusta la droga, quieren droga, pues voy a vender droga para que no vayan tan lejos" y así, me la llevaba con la gente y veía que se drogaban, y en ocasiones, no que "tengo que ir hasta allá por un gallo", o que por unas pastillas, o que "lo más difícil es el perico, ¿no tienes un número allí?", y ya pues dije "pues pa' que no vayan tan lejos, ya me conocen, soy conocido, y aquí mismo en el cantón, o sino aquí me esperan, véngase la lana y ahorita lo traigo", y así empecé, así me la fui aventando, pero como quien dice las amistades no me obligaron, ni tampoco que "hey!, ponte a vender", no me metieron cizaña, fue una decisión propia, mal hecha, pero fue de mi parte, yo les miré una supuesta necesidad, falsa necesidad, pero como quien dice me quise aprovechar de eso, y pues de allí me agarré.

El conocimiento previo (amigos consumidores y el consumo propio) sobre el mercado de drogas posibilitó su carrera como "dealer". Esa experiencia es relevante para entender las operaciones del mercado ilegal. Puntos de venta, vendedores y consumidores son la base del micro tráfico. Y en un fenómeno donde la actividad se mantiene pero los personajes que operan la delincuencia van cambiando Rodrigo se hizo vendedor.

Además, en la narración antes expuesta se detecta un contexto propicio para el micro tráfico y una decisión aparentemente consciente por parte del sujeto para llevar a cabo el delito, lo cual refuerza la idea de que el crimen puede ser entendido como el producto de un proceso de interacción individuo-ambiente social, y a su vez ubicarse dentro de una dinámica de costo-beneficio.

Sin embargo, su delincuencia no puede ser reducida al acto que dio la pauta para su inicio en el tráfico, sino que, situaciones adyacentes al comportamiento criminal sucedieron con anterioridad y estas abonaron elementos para que se produjera el escenario idóneo para el emprendimiento de la carrera delictiva de Rodrigo. La frase "estoy chavo, se me hizo fácil" contiene un trasfondo sumamente complejo.

La muerte del padre acarreó principalmente una privación económica que afectó a la familia, puesto que la reducción del bienestar a nivel individual-comunidad se considera un factor socio-criminológico importante (RAMÍREZ DE GARAY, 2014, p. 278). La pérdida del tutor no solo mermó las condiciones económicas de Rodrigo y su familia, sino que también le aisló del contacto que tenía con los miembros de la familia paterna, a quienes consideraba un gran apoyo para él.

Sin duda, la muerte del padre es un evento importante para entender su vida. Dentro de los análisis que propone la criminología del desarrollo, los puntos de inflexión como concepto teórico-metodológico se consideran efectivos para obtener una mayor claridad en el complejo y dinámico curso vital de un individuo (CARLSSON, 2012), dicho precepto coadyuva a detectar los procesos más importantes de las vidas de las personas, se trate de delincuentes o no.

Sigo pensado que si estuviera mi apá [no me hubiera involucrado en el tráfico], de hecho antes de que el muriera, en el mismo mes dejó de pagar un seguro de vida, era de un millón, medio y medio, pa' mi amá y pa' mí, y supongo que si eso hubiera estado de nuestra parte, pues hubiera cambiado todo, tanto el hogar, porque la casa no quedó completamente terminada, está para hacerla de dos pisos pero arriba no tiene lo del segundo piso, nada hecho. Hubiera cambiado la casa, supongo que hasta nuestra vestimenta, inclusive hasta hubiera logrado crear un empleo, entonces todo hubiera sido más fácil, pero él hubiera ya no existe, ahora sí que no nos teníamos que atener tampoco a eso.

Aunada a la precarización de la vida de Rodrigo después de la muerte de su padre se presentó el consumo de drogas, vagancia, desobediencia, deserción escolar, desapego afectivo-familiar y el inicio de su vida laboral en trabajos mal remunerados, como por ejemplo el "carwash" donde laboró por última vez. Llegándose a considerar a dichas situaciones como el abono para el emprendimiento de su carrera delictiva.

Desde los doce años experimentó una paulatina degradación de su calidad de vida en general. Casualmente esa edad configura el inicio de la adolescencia, que a su vez es una de las etapas más importantes del individuo.

Ubicándonos en una línea temporal, cuando tenía *catorce años* Rodrigo comenzó en el micro tráfico de drogas para abastecer la demanda que existía en su contexto cercano, el cual se caracteriza por la presencia de consumidores y de puntos de venta de drogas (tiraderos). Un barrio donde la desorganización social es rasgo común. Donde también hay robos y diversas manifestaciones de violencias.

Para entender mejor su vida también es necesario considerar el modelo de referencia que significó un tío materno, quien había tenido antecedentes en el narcomenudeo y quien a su vez residía en una colonia colindante al barrio del muchacho, también era tirador. Ya que a partir de dicha relación Rodrigo conoció el mundo del micro tráfico antes de iniciarse en dicha actividad (experiencia). No es casualidad que el joven durante la entrevista haya identificado a dicho tío y a su padre como fuentes importantes de identificación social en el ámbito familiar.

Una vez iniciado en el narcomenudeo, durante seis meses alternó su vida laboral convencional con el negocio de las drogas ilícitas, actividad que fácilmente le remuneraba diez veces más que lo obtenido por su empleo ordinario. Más adelante describiremos el proceso de *agudización criminal*.

Un año después, a los quince años, y ya dedicado de lleno al negocio ilícito fue internado en un centro de rehabilitación del cual salió pasado un par de meses. Una vez afuera confesó a su madre su verdadera ocupación.

Yo igual, aferrado, pero de repente le saqué la noticia bien, porque se le hizo muy raro de que de repente estuvo muy exagerado todo, y en el cuarto pues allí a quemarropa tenía la droga, la tenía muy al "ahí se va" porque era mi cuarto, hasta que ella entró y le dije la verdad, "tengo varios años haciendo esto, pero no tan grande" le dije, se lo confesé todo, y pues si se agüitó, "si llega a pasar algo, igual tú no sabes nada, no te preocupes, a mí me van a pasar las cosas, si llegan a pasar y te ven a ti de todos modos yo voy a echarme la culpa porque yo soy el responsable". Esa vez me acuerdo que le grité, "que no te importe, yo estoy haciéndolo como yo quiera, ya llevo mucho como pa' que tu llegues y me lo quieras quitar así", se salió y se quedó muy pensativa, y ya no me dijo nada, me acuerdo que la miré y si me dio lástima, y ni pedo, tenía que ser así, estaba muy enciclado (sic).

Establecido lo anterior, se presentó una coyuntura que debilitaría más los lazos con su madre, provocando así el abandono del hogar por parte de esta por cerca de un año.

En cuanto sentí ese vacío de mi apá, nos fuimos distanciando, pero todo fue por mi culpa, porque yo no quería pues, ella insistía, y yo, "quítate!!" y me iba, de hecho ahora que estoy aquí es donde empezamos a hablar más. La corrí de la casa, estuve viviendo solo, le he gritado fuertemente, "ojalá que también estuvieras muerta" le he dicho, y a pesar de todo, gritos, maltratos, nunca la he golpeado, pero dicen que las palabras duelen más, entonces, de todos modos está aquí, viene y sigue viniendo.

Sin la presencia de su madre en su casa se agilizaron las actividades de su negocio. Y con ello se produjo un involucramiento cada vez más agudo en la venta de drogas, donde las ganancias y los beneficios económicos retribuidos por dicha actividad hacían percibirlo como un "trabajo fácil" por el que se obtiene "dinero rápido". Sin embargo la agudización criminal trae consigo aumentos en los posibles costos, como por ejemplo el de una situación carcelaria.

VII. "Era mini narco": carrera delictiva

Para explicar su involucramiento, el joven hace de la botana que yace al centro del escritorio una analogía.

Supongamos con el ejemplo de las Sabritas. Conseguía unas Sabritas y empezaba a vender nomas lo que me saliera de ese paquete de Sabritas, no sé, una bolsita, y nomás, con esa bolsita nomás vendía, y luego dije no pues "me voy a comprar una caja de Sabritas y voy a vender allí todo eso, y así me voy a ir yendo" y así fui creciendo mi supuesto negocio, y ya también le metí otras cosas allí, vendía cocaína, anfetaminas, metanfetaminas que es el crystal, la marihuana y también puse un aguaje (rie), era alcohólico y con aguaje (un punto de venta ilegal de bebidas alcohólicas), de hecho si le sacaba al aguaje, pero también está mal. Hacía fiestas y terminaba vendiendo alcohol en mis propias fiestas, era como más bateaba, era muy festivo, dice uno, "¿qué festejaban?", no pues, "un día más de vida".

Rodrigo comenzó vendiendo marihuana. Al observar lo lucrativo y las facilidades implícitas para traficar comenzó a mercadear con otras sustancias, situación que agravó su delincuencia. La siguiente narración describe el trasfondo del cambio en la carrera criminal de Rodrigo mientras se introducía más a fondo en la red del tráfico de drogas.

Nunca lo tomé en serio, de hecho era momentáneo, era nomás para estar sacando un poco de dinero, pero así como me fui metiendo fui consiguiendo más dinero y fui consiguiendo más clientes, y fui consiguiendo más droga, exactamente yo no estaba en una banda, de "yo trabajo pal Chapo" o que "pa' los Zetas", yo trabajaba pa' mí mismo. Pero si me tocó nomás una de las personas con las que estuve así involucrado era de un grupo mentado, pero nomas de esos, y otros pues no quería investigar mucho a fondo, porque también el que más sabe al ratito le averiguan, entonces yo nomás "véngase lo que quiero" y ya, nomás al bisnes que íbamos, "aquí está el dinero", me daban mi droga y me retiraba, al rato volvía por más. De hecho yo iba con diferentes por las diferentes cosas, por la marihuana iba con uno, por el cristal iba con otro y así pues, porque no todos traen lo mismo, todos manejan diferentes cosas.

El relato anterior describe un escenario de agudización criminógena en la carrera del joven. El contacto con los operadores locales de los cárteles del narcotráfico implica una serie de interacciones de mayor peligro. Ya que la guerra entre cárteles por las diferentes "plazas" tanto para el trasiego como para el narcomenudeo, aunado a las cualidades que ha adquirido la violencia criminal organizada configura un inminente riesgo de encontrarse inmerso en las pugnas entre organizaciones rivales.

Por otra parte, también es importante considerar el desarrollo de la identidad delictiva adquirida a través de la experiencia mercadeando narcóticos. Después de la repetición y la gratificación delictiva llegó la adaptación del delito como un estilo de vida.

Desde la óptica de las carreras delictivas, el involucramiento del joven se traduce en efectos creados en su entorno por su propia delincuencia, donde el sujeto no solo es influido por factores determinados sino que su delincuencia también tiene impacto en aquellos factores causales (DE LA PEÑA, 2010), ya bien se pueda tratar de elementos contextuales o individuales, según señala la teoría interaccional de la delin-

cuencia de Terence Thornberry. La delincuencia adquiere una elevada importancia en la vida del sujeto al funcionar como un bucle amplificador del comportamiento delictivo.

En ese nivel de involucramiento el muchacho ya había dejado la escuela y se dedicó al tráfico de drogas en su casa y sus interacciones sociales eran en su mayoría criminógenas.

En ese sentido los trasfondos que explican su delincuencia son: las condiciones socioeconómicas y las facilidades que existen para involucrarse en dicha conducta tanto a nivel individual (personalidad) como contextual (pares y barrio).

Desde esa base se agudiza el involucramiento, cuando una actividad criminal se convierte en la profesión del sujeto mediante los procesos de experiencia-aprendizaje y refuerzos positivos a través de la repetición de la conducta delictiva. En consecuencia el involucramiento traerá consigo la especialización del sujeto como criminal y se expone (incrementa su vulnerabilidad) a los cárteles del narcotráfico y a sus dinámicas, debido al tipo de delincuencia que reproduce.

Quise crecer mi supuesto negocio, y no me ponía de "voy a vender un 10, voy a vender un 20", no, allí ya quería vender medio kilo, si podía hasta el kilo, y pues si conseguía clientes que así me lo compraban, sino era más, sino era menos [...] En cierto modo le agarré el gusto, pero no siempre, me sacaba de onda, estaba en la madrugada y decía "ya me voy a acostar a dormir", y ya iba bajando del techo, y chiflido, "ey!", o una llamada al teléfono, y no que "ahí voy pa' allá en media hora o una hora" y tardaban dos, hasta tres horas en llegar, pero llegaban por algo chilo (una buena venta), al rato terminaba semi contento y me metía a dormir.

Desde la toma de decisiones el sujeto estaba operando racionalmente, ya que maximizaba los beneficios (económicos) y los incrementaba al introducirse en dinámicas criminales cada vez más graves.

Para este punto de su carrera delictiva, además de comenzar a hacer tratos con operadores locales de los cárteles, comenzó a tejer redes de corrupción con policías de diversos niveles, como efecto de prosperidad en el negocio y también para la preservación del mismo. Su figura comenzó a tomar "fama" dentro de la zona y así nacieron los peligros que asechan al gremio. Las armas llegaron y desde entonces Rodrigo siempre portaba una pistola escuadra para espantarse el miedo.

Me daban risa las mismas tonterías, no solo lo que pensaba, sino lo que estaba logrando, porque también me tocó conseguir armas, para defensa, porque había momentos en los que querían llegar, no los policías, pero los mismos allí, y también me defendía, me tocó que estaba solo en la casa y llegaban dos tres y allí se empezaban a hacer bola y no que "vengase y que lo otro", y ¡pum!, cerraba la puerta, aventaba la llave por abajo y vámonos con puros fierros, y de pura suerte siempre llegaba gente de los míos allí, ya fuera para comprar o reportar dinero, o nomas para pasar el rato, y pues allí mismo nos defendíamos, y se iban los que acá, y si al rato volvían pues nomás los espantábamos, no les hacía nada grave, si me tocó [recrea el sonido de recorte de arma] y "¡vete!" nomás para espantar.

La narración anterior describe los peligros del negocio. Y cómo el uso de las armas se vuelve necesario en algún punto del involucramiento, así como la administración de la violencia para mantener el orden. Así mismo, el joven relata otros tipos de gajes del oficio; el de hacer enemigos en el rubro.

También ya me estaban buscando otros, pero no para hacer bisnes, básicamente estaba logrando mi pequeño cártel, pero piratita, no de esos de que todos enriflados, en carros, tampoco tan así, era más piratita, era mini narco como quien dice.

Rodrigo había adquirido el estatus de "narco". Su oficio principal era ser vendedor de droga. Las Teorías del Etiquetamiento sugieren que el individuo una vez que ha interiorizado los valores antisociales adquiere la etiqueta de delincuente o criminal, estatus que funciona como refuerzo y retroalimenta su propia delincuencia. El joven pasó de vender droga ocasionalmente a convertirse en "tirador".

Tiempo después conoció a una joven residente de los barrios contiguos al suyo. Iniciaron una

relación de noviazgo. Para ese momento, y con una experiencia de casi tres años en el negocio, Rodrigo y su novia planearon tener un hijo. Ante la noticia del embarazo, su madre volvió al hogar, pero el joven no abandonó el tráfico de drogas, para ese momento ya tenía dieciséis años.

Para ese momento de su carrera debía decidir entre el mantenimiento del estilo de vida criminal o realizar un giro hacia la vida convencional, como lo muestra el siguiente relato:

Básicamente sí, lo pienso y si he creído que sí [hubiera seguido en el tráfico de drogas de no haber sido detenido], pero también he creído que no, porque lo que más estaba esperando era que ya naciera el niño, para ver qué hacer pues, a dios bendito y a ver qué pasa, pero en cierto modo también me quedo, "ya iba estar más metido y había conseguido nuevos clientes todavía para incrementar más mi venta".

Rodrigo de vez en cuando pensaba en poner algún negocio relacionado con las computadoras, ya que posee cierto gusto por esa área. Durante su etapa final como traficante pensaba en los cambios que integraría a su vida el nacimiento de su hijo. Debido a que su actividad económica le ocasionaba problemas con la familia de su pareja, especialmente con el padre de la joven. Puesto que en repetidas ocasiones amenazó con quedarse con el hijo de ambos cuando naciera.

En este sentido, la criminología del curso vital, encargada de estudiar los cambios que presentan los delincuentes a lo largo de sus vidas; inicio, continuidad y/o cambio en la delincuencia (MUS y EKER, 2011), ha detectado que la formación del hogar, el matrimonio y el nacimiento de los hijos muchas veces impacta en la carrera delictiva a tal grado de lograr un cambio o punto de inflexión en la vida del delincuente pudiendo así influir en el desistimiento del crimen.

Para ese momento Rodrigo era el proveedor de su casa. El dinero producto del tráfico lo utilizaba:

...en la misma necesidad de la casa, luz, de hecho casi no me compré nada, le metí un poco a la casa, pagaba la luz, el agua no me la cobran, la mujer, pa' la gasolina del carro de mi madre, o también de los mismos chalanes que traía yo, porque la ocurrencia, tenía chalanes que en sus propios carros andábamos, me traían pa' allá y pa' acá, una tontería pero es muy cierto, y allí pues, tenía que mantener a mi gente y pues de todos modos si me rendía el dinero, de hecho, yo caí pero antes de que yo cayera, en un maletín estaba echando un buche de dinero, y fui y se lo llevé a un tío, también era tirador, fui y le entregué eso y yo cai, y al mes, menos del mes cayó él y los policías se llevaron hasta el maletín, le catearon su casa y se lo llevaron, todo se llevaron, se cuajaron, ese dinero yo lo estaba guardando más que nada para el niño, cuando ya viniera, baby shower, nacimiento, porque ya naciendo el niño es una gastadera, ropita, comida, inyecciones, medicamentos, esto, aquello, la mujer porque se tiene que ir a checar, y nada, gracias a los sueños estupefactos que tuve se me arruinaron los verdaderos que quería, los que si quería.

Esa era la vida del joven, pero en el volátil círculo del tráfico de drogas al igual que los tiraderos que Rodrigo durante su infancia observó "caer", el joven también cayó. Dice que su detención fue producto de algún delator de la competencia.

De hecho yo caí como quien dice por un poco lucido o encharolado, porque realmente había bisnes con los policías, pero con esos policías que me tomaron no había arreglo, y allí si me tronó, de hecho me enteré de que fueron los contrarios, los mandaron, nomás buscaron un pretexto pa' llegar, y sí, me atoraron.

Su reconocimiento en el negocio lo expuso a la competencia de los otros vendedores, y las autoridades simplemente sirvieron para hacer el trabajo sucio entre los competidores. En este negocio todos caen, tarde o temprano, desde el inicio de la entrevista expresó su opinión al respecto:

Sabía que estaba cometiendo un delito, yo vengo por delitos contra la salud, estar distribuyendo drogas, más bien, vender droga, casi lo mismo, pues sabía que estaba mal y que algún día me podían agarrar, así como me había tocado ver dos tres tiraderos que los sacaban, y allí están enseguida, ahorita estamos de vecinos como quien dice, están en la grande [la prisión

para adultos contigua al Centro para Adolescentes]. De hecho a mí me agarraron con algo miserable, de perdida me hubieran agarrado con algo bien, me tumbaron con cinco globos de crystal y dos veintes de marihuana, pero me habían tirado dos años, apelé y gracias a dios me bajaron diez meses, pero de todos modos, depende de cómo te vea el juez es como te va tirar [sentencia].

Toda carrera delictiva tiene un fin. Forma parte de la naturaleza del curso vital delictivo. Para Rodrigo el internamiento significa un cambio de rumbo. Otro punto de inflexión importante en su vida, sin duda fue su detención. Durante el encierro terminó la prepa. Ha pensado en seguir estudiando algo relacionado con la informática. Desde su celda siempre piensa en su hijo. Quiere ser un buen padre. Además comenta que no volverá a su vida delictiva.

Finalizamos la entrevista. Nos despedimos con un apretón de manos, y le digo que se lleve la botana, a lo que responde con un "simón, pa' los compas de la celda". Le agradezco su disposición y el haber compartido su experiencia, le deseo suerte aquí y allá afuera.

VIII. Reflexión final

Al igual que las condiciones sociales no terminan de explicar la delincuencia, tampoco lo hacen los factores a nivel individual. Para un entendimiento integral siempre será necesario considerar un poco de ambos.

Las carreras delictivas desde un enfoque cualitativo son profundas y complejas. Permiten aproximarse y entender pautas individuales conectadas con la percepción de la realidad social de los sujetos.

En este artículo se observó que detrás del involucramiento delictivo se presentan una serie de escenarios con complejos trasfondos que permiten explicar la decisión de delinquir. Donde las carreras delictivas deben entenderse como procesos acumulativos de factores que estructuran dicha decisión. Como lo son; una actitud pro-delito, experiencia antisocial y delictiva previa, así como un contexto idóneo para la reproducción del delito, como la demanda del mercado y las debilidades del Estado en determinados espacios, lo que viene a abonar a la probabilidad delictiva.

En el transcurso de la carrera delictiva las decisiones sobre el mantenimiento - desistimiento criminal van en función de los marcos contextuales donde se presentan. Por lo que la agudización delictiva en este tipo de carreras delictivas (vendedores de droga) suele ser rápida y resulta en el incremento paulatino de los riesgos, debido a las cualidades que ha adquirido el fenómeno del narcomenudeo en la actualidad, puesto que el narcomenudeo no es una actividad aislada de las operaciones y dinámicas de las grandes organizaciones criminales, lo cual afecta en la decisión para desistir una vez se agudiza la implicación en el crimen. Es decir, que entre más prolongada sea la carrera delictiva del "tirador" y más profunda la implicación en el delito (estilo de vida), menor será la probabilidad de que retome su vida convencional. De ese modo, la detención e internamiento significa una ventana de oportunidad para el desistimiento.

Metodológicamente el análisis de la decisión delictiva tiende a complejizarse cuando se considera una línea temporal de eventos previos que circundan al primer delito de una carrera delictiva, pero resulta útil para comprender más a fondo la cadena de intencionalidades y justificaciones que las personas tienen para cometer delitos.

En conclusión la criminología cualitativa se vislumbra como un terreno aún fértil y necesario para las investigaciones científicas del delito y de los delincuentes.

IX. Bibliografía

ABITBOL, P. y BOTERO, F. (2005). "Teoría de Elección Racional: estructura conceptual y evolución reciente", Colombia Internacional, Julio-diciembre, 62.

AGUSTINA, J. y REALES, F. (2013). "En la mente de un asaltante de viviendas: estudio cualitativo de una muestra de autores de robo en casa habitada", *REIC, Revista Española de Investigación Criminológica,* 11.

AZAOLA, E. (2014). "Diagnóstico de las y los Adolescentes que cometen delitos graves en México", México: UNICEF.

BARRAGÁN BÓRQUEZ, A. (2015). "Por el recorrido de la vida y al muerde: identidad y aprendizaje social de jóvenes sicarios en Sonora", Tesis de Maestría en Ciencias Sociales, El Colegio de Sonora.

BERNAOLA, N. (2015). "Criminología ambiental orientada a la delincuencia juvenil", Tesis para obtener Grado en Criminología. Universidad del País Vasco.

CAMPOY, P. y SUMMERS, L. (2015). "Los precipitadores situacionales del delito: otra mirada a la interacción persona-ambiente", *Revista Criminalidad* vol. 57, nro. 3.

CARLSSON, C. (2012). "Using turning points to understand processes of change in offending", *British Journal of Criminology,* 52.

COLECTIVO ARCIÓN (2013), "La toma de decisiones en la conducta delictiva", *Visión Criminológica-Criminalística,* 4[1].

CORNISH, D. y CLARKE, R. (2003). "Opportunities, precipitators and criminal decisions: a reply to wortley's quitique of situational crime prevention", *Crime Prevention Studies,* 16.

DE LA PEÑA, M. (2010). "Conducta Antisocial en Adolescentes: factores de riesgo y de protección", Memoria para obtener el grado de Doctor en Psicología. Universidad Complutense de Madrid.

HIRSCHI, T. (2003). "Una Teoría del control social de la Delincuencia", *Capítulo Criminológico*. 31[4].

LIBERA INTERNACIONAL (2015). "Informe: México la guerra invisible, historias, cifras y negocio de los cárteles criminales y la impunidad de las mafias mexicanas", México por la Paz, México.

MEDINA, R. (2015). "El delincuente predeterminado: de la criminología positiva italiana a la neurocientificidad", *Criterio Jurídico*. *Santiago de Cali.* 15[2].

PATIÑO, M. (2015). "Teoría de la elección racional de Cornish y Clarke", Crimipedia, Crimina, Centro para el estudio y prevención de la delincuencia. Universitas. Recuperado de: http://crimina.es/crimipedia/topics/teoria-de-la-eleccion-racional-de-cornish-y-clarke/.

RAMÍREZ DE GARAY, L. (2014). "Crimen y economía: una revisión crítica de las explicaciones económicas del crimen", *Argumentos,* 27[74].

Reporte de Incidencia delictiva del Fuero Federal (2017). Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública).

Centro Nacional de Información.

TITTLE, C. (2006). "Los desarrollos teóricos de la criminología", en BARBERET, R., y BARQUÍN, J., *Justicia Penal Siglo XXI: una selección de Criminal Justice 2000,* National Institute of Justice, Granada.

ZAMUDIO, C. (2012). "Las redes del narcomenudeo", CEAPAC, Centro de Estudios y Atención Psicológica, México.

MUS, E. y AHMET E. (2011). "An Analysis of Life Course Theories", *Turkush Journal of Police Studies,* 13[3].

Criminalidad juvenil y victimología animal: prevención de la victimización

Marillanos Reolid Rodenas (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. Patología psiquiátrica (trastorno antisocial y de conducta) y psicopatía en niños y adolescentes.— IV. Factores de riesgo en crueldad animal vinculados a violencia interpersonal.— V. ¿Por qué los niños y adolescentes son crueles con los animales?— VI. Criminalidad juvenil y maltrato animal.— VII. Conclusiones.— VIII. Referencias bibliográficas.

I. Resumen

El abuso de niños y jóvenes hacia colectivos vulnerables merece toda nuestra atención, por ello incidimos en que los animales son un colectivo vulnerable de primer orden. La violencia interpersonal está relacionada con el maltrato animal. Cuando el maltrato animal solía ser trivializado por la gente diciendo: "Es solo un perro" o "los chicos son chicos", los investigadores y expertos reconocen ahora que la crueldad, maltrato o negligencia en cualquier forma deben tomarse en serio. El maltrato animal es a menudo "la punta del iceberg" y la primera señal de advertencia de un individuo o familia en problemas. Reconociendo el vínculo entre el maltrato animal y otras formas de violencia en la familia, se proporciona a los profesionales en todos los campos una herramienta más para prevenir la violencia en nuestra sociedad. Al trabajar juntos y compartir esta información con los demás, la conciencia pública se elevará y a su vez, aumentará la intervención y la eficacia en la prevención de la violencia y el maltrato familiar en todas sus formas.

II. Introducción

La violencia juvenil afecta a todas las comunidades, a todos los miembros de la sociedad. Por supuesto entre los miembros de esa comunidad incluimos a los animales como colectivo vulnerable y necesitado de protección especial.

La violencia juvenil es una causa principal de muerte en los adolescentes y adultos jóvenes. Mientras que la violencia juvenil es un problema importante en nuestra sociedad, hay esperanza. Podemos mejorar la salud y seguridad de nuestros jóvenes y nuestras comunidades mediante la prevención.

La violencia juvenil incluye varios comportamientos, tales como peleas, la intimidación, la violencia relacionada con las pandillas, y el homicidio. Estos comportamientos incluyen el uso intencional de la fuerza física o el poder por una persona joven para amenazar o dañar a otros. Estos comportamientos nocivos pueden comenzar temprano y continuar en la edad adulta. El joven puede ser una víctima, un delincuente o un testigo de la violencia.

La violencia se define como "el uso deliberado de la fuerza física o el poder, amenaza o de hecho, contra otra persona, animales o un grupo, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones" (DAHLBERG, 2002). La investigación y los programas que abordan la violencia juvenil incluyen típicamente las personas entre las edades de 10 y 24 años, aunque

(*) Dra. Marillanos Reolid Rodenas. Sociedad Española contra la Violencia. secvi.org@gmail.com. España.

los patrones de la violencia juvenil pueden comenzar en la primera infancia.

Dado que el abuso de niños y jóvenes hacia colectivos vulnerables merece toda nuestra atención, incidimos de nuevo en que los animales son un colectivo vulnerable de primer orden. La violencia interpersonal está relacionada con el maltrato animal. Cuando el maltrato animal solía ser trivializado por la gente diciendo: "Es solo un perro" o "los chicos son chicos", los investigadores y expertos reconocen ahora que la crueldad, maltrato o negligencia en cualquier forma deben tomarse en serio. El maltrato animal es a menudo "la punta del iceberg" y la primera señal de advertencia de un individuo o familia en problemas.

III. Patología psiquiátrica (trastorno antisocial y de conducta) y psicopatía en niños y adolescentes

En la cuarta edición del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-IV)* define el trastorno de conducta como "un patrón repetitivo y persistente de comportamiento en el que los derechos básicos de los demás o principales normas o reglas sociales apropiadas para su edad son violados" y requiere que al menos 3 de los 15 síntomas diferentes estén presentes en el último año para el diagnóstico (American Psychiatric Association, 1994: 90). Entre los síntomas de la lista están las clasificadas bajo "engaño o robo", "destrucción de la propiedad" (que engloba piromanía y vandalismo), y "la agresión a personas y animales" (que incluye la crueldad hacia las personas o los animales, el robo con la confrontación de la víctima, y la actividad sexual forzada). Existe una vinculación entre los síntomas del trastorno de conducta y comportamientos utilizados para caracterizar a graves delincuentes juveniles violentos (ver Loeber, Farrington y Waschbusch, 1998: 14-15).

En la quinta y actual edición del Manual, (DSM-5), añade características descriptivas al especificador para el diagnóstico de trastorno de conducta para personas que cumplan con todos los criterios para el trastorno y que también se presentan con limitadas emociones prosociales, tales como la empatía y la culpa limitada.

El trastorno de conducta se caracteriza por un comportamiento que viola cualquiera de los derechos de los demás o principales normas de la sociedad. Al menos 3 síntomas deben estar presentes en los últimos 12 meses con uno de los síntomas después de haber estado presente en los últimos 6 meses. El trastorno se diagnostica generalmente antes de la edad adulta. En el DSM-5, los criterios para el trastorno de conducta son similares al del DSM-IV, pero el especificador de limitadas emociones prosociales, falta de empatía, culpa limitada y poca preocupación por los sentimientos, deseos, y el bienestar de los demás es nuevo en el DSM-5, lo que sería también la crueldad con los animales.

Estos jóvenes, con rasgos antisociales suelen puntuar alto en Psicopatía, medida en cuestionarios como el PCL-R de Hare. La definición de Trastorno de Personalidad Antisocial o Disocial viene a definir los parámetros de la psicopatía en términos conductuales. Podemos resumir este matiz importante de esta precisa diferencia diagnóstica concluyendo que "la mayoría de los individuos con trastornos antisocial no son psicópatas, sino que tienen rasgos psicopáticos" (HARE y HART, 1995).

Hay evidencia sustancial para valorar la evaluación de la crueldad con los animales como un síntoma específico de desorden de conducta y como correlato de otras formas de conducta antisocial en la niñez, juventud y la edad adulta. (ARLUKE *et al.* 1999).

IV. Factores de riesgo en crueldad animal vinculados a violencia interpersonal

El abuso animal puede variar en la frecuencia, la gravedad y la cronicidad; obviamente cuanta más prevalencia exista en el maltrato hacia los animales peor pronóstico tendremos a la hora de evaluar al niño o al joven y más difícil será intervenir con él.

La violencia por parte de menores hacia los seres humanos o animales puede tomar la forma de abuso o negligencia física, sexual o emocional. Aunque la mayoría de las investigaciones de crueldad animal implican negligencia, muchas veces se descubre negligencia y el abuso intencional.

Los abusadores juveniles a menudo se jactan de la crueldad hacia los animales que han perpetrado, en numerosas ocasiones a través de las redes sociales, ya que no perciben el maltrato animal como un delito grave. A menudo admiten el maltrato animal, pero no otras formas de violencia, que puede ser un punto de partida que hay que tener muy en cuenta para investigaciones y procesos penales.

El Dr. Randall Lockwood, vicepresidente senior de Ciencias Forenses y Proyectos Anti-Crueldad de la ASPCA y un experto reconocido internacionalmente en la conexión entre crueldad animal y la violencia humana, ha identificado una serie de factores de riesgo para evaluar un nivel de peligrosidad en un abusador de animales que puede estar en riesgo de cometer violencia contra personas en el futuro. Estos factores se pueden aplicar en las evaluaciones de riesgos y de letalidad en la revisión de historias clínicas.

Los factores determinantes incluyen:

- El número de víctimas, la gravedad de la lesión, y las lesiones repetidas en las víctimas. Varios animales muertos o heridos en la misma instancia o infligir heridas múltiples sugieren un mayor potencial de violencia incontrolada.

- Vulnerabilidad de la víctima: la violencia contra los animales en particular los pequeños o no amenazantes, indica que los autores obtienen una sensación de poder y control a través de la violencia contra los más vulnerables.

- Premeditación del acto: superación de los obstáculos para iniciar o completar el abuso; la víctima fue obligada o no incapacitada físicamente.

- La planificación a largo plazo de los actos violentos sugieren la posibilidad de procesos de pensamiento psicopáticos. El abuso que incluye la representación de un animal incapaz de escapar es sugestivo de un mayor grado de violencia premeditada intencional.

- El abuso que implica el contacto directo o restricción física y la oportunidad obvia para presenciar la respuesta de la víctima (por ejemplo, golpear, estrangular, aplastar) puede ser un indicador más grave que las acciones que son más remotas (por ejemplo, el tiro, el envenenamiento, el atropellamiento intencionado), etc.

- La ausencia de un motivo económico sugiere que el acto en sí era lo suficientemente gratificante para el autor.

- La víctima animal fue agredida sexualmente o mutilada, o el autor indica la excitación sexual como consecuencia de los abusos.

- Muchos violadores en serie y los autores de homicidios sexuales reportan la excitación sexual a través de la dominación violenta de los animales. La violencia erótica hacia los animales debe ser considerada como una señal de advertencia para la violencia más generalizada.

- El autor documentó el incidente a través de fotos, videos, o un diario de notas; el autor volvió a la escena del abuso de revivir la experiencia.

- La documentación de la crueldad indica que los actos de violencia son una fuente continua de placer para el autor y pueden indicar la probabilidad de la repetición o la escalada de la violencia para alcanzar el mismo estado emocional gratificante.

El abuso es a menudo cíclico e intergeneracional. Cuantos más casos de abuso humano y animal se informen y denuncien y cuanto antes los profesionales puedan intervenir para romper los ciclos de violencia, mayor será la tasa de éxito.

V. ¿Por qué los niños y adolescentes son crueles con los animales?

Las respuestas son complejas y multifactoriales, tanto como saber por qué se produce la violencia.

KELLERT y FELTHOUS (1985: 1122-1124) entrevistaron a los abusadores y descubrieron una serie de motivaciones que pueden caracterizar a los adultos en cuanto a la crueldad con los animales, algunos de los cuales también pueden ser aplicables a maltrato animal perpetrado por menores:

- Para controlar a un animal (es decir, el maltrato animal como disciplina o "entrenamiento").

- Para tomar represalias contra un animal.

- Para satisfacer un prejuicio contra una especie o raza (por ejemplo, el odio hacia los gatos).

- Para expresar la agresión a través de un animal de manera instrumental.

- Para mejorar la propia agresividad (por ejemplo, el uso de una víctima animal para prácticas de tiro).

- Para impresionar a la gente por diversión.

- Para tomar represalias contra otras personas (por herir a sus mascotas o abusar de los animales en su presencia).

- Para desplazar la hostilidad de una persona hacia un animal (es decir, atacando a un animal vulnerable cuando atacar al objetivo humano es demasiado arriesgado).

- Para experimentar el sadismo no específico (es decir, disfrutando del sufrimiento experimentado por la víctima animal, en sí mismo).

- Informes de casos y un estudio realizado por ASCIONE, THOMPSON y BLACK (1997) sugieren una serie de motivaciones de desarrollo relacionadas:

- Curiosidad o exploración.

- La presión de grupo (por ejemplo, los compañeros pueden alentar el maltrato animal o exigir como parte de un rito de iniciación).

- Mejora del estado de ánimo (por ejemplo, el maltrato de animales se utiliza para aliviar el aburrimiento o la depresión).

- Gratificación sexual (es decir, el bestialismo).

- Abuso forzado (es decir, el niño está obligado a maltratar un animal por un individuo más potente).

- El apego a un animal (por ejemplo, el niño mata a un animal para evitar su tortura a manos de otra persona).

- Fobias animales (que causan un ataque preventivo contra un animal temido).

- La identificación del niño con el abusador (por ejemplo, un niño víctima puede tratar de recuperar un sentido de poder al victimizar a un animal más vulnerable).

- Juego postraumático (es decir, recreando episodios violentos con una víctima animal).

- Imitación.

- La autolesión (es decir, el uso de un animal al infligir lesiones en el propio cuerpo del niño).

- Ensayo para la violencia interpersonal (es decir, la "práctica" de la violencia con los animales callejeros o mascotas antes de participar en actos violentos contra otras personas).

- Vehículo para el abuso emocional (por ejemplo, hiriendo a la mascota de un hermano para asustar a los hermanos).

Ascione, FR y Arkow, P., eds. 1999. Maltrato Infantil, Violencia Doméstica y Abuso Animal: Vinculación de los Círculos de Compasión para la Prevención e Intervención. West Lafayette, IN: Purdue University Press.

VI. Criminalidad juvenil y maltrato animal

A menudo se piensa que cuando los niños son crueles con los animales es una fase exploratoria del desarrollo. Esto puede ser cierto en parte, pero la intensidad, la frecuencia y la motivación

de sus actos deben ser considerados y tenidos en cuenta. Cuando un niño crece en un ambiente lleno de violencia —como testigo, víctima o perpetrador— puede haber muchos factores detrás de su motivación para dañar a los animales.

Los expertos e investigadores del abuso animal y la violencia interpersonal, han conectado los actos de maltrato animal con la intimidación, el castigo corporal, tiroteos en las escuelas, los abusos sexuales y las conductas psicopáticas en el desarrollo de los niños. Los niños a menudo se sienten impotentes cuando son abusados por adultos y pueden encontrar sus propias víctimas para ejercer el control y obtener una sensación de poder. Ellos pueden abusar de la mascota de un hermano o compañero como venganza o maltrato emocional. El abuso animal también puede ser parte de un ritual de iniciación para convertirse en un miembro de una pandilla. Los adolescentes han grabado en vídeo la tortura de animales para reproducirlo más tarde, cuando se sienten aburridos.

Todas las situaciones de abuso de los animales deben ser tomadas en serio. Entender por qué los niños pueden abusar de los animales es la clave para poner en marcha las estrategias de intervención adecuadas.

El abuso animal puede ser un indicador y un predictor de otros actos violentos. Esto ha sido bien documentado en numerosos estudios de investigación y ha llevado al maltrato animal a estar catalogado como uno de los criterios para el diagnóstico de los trastornos de conducta en la infancia, como sabemos. Los niños impresionables que son testigos de abuso, se vuelven insensibles a la violencia y la capacidad de sentir empatía con la víctima. Es bien conocido que el abuso es a menudo cíclico y que la única manera de detener el ciclo de violencia es la intervención temprana; cuanto antes se intervenga mayor será la tasa de éxito.

Muchos niños, especialmente los varones, cometen algún tipo de acto cruel contra un animal, en algún momento de su infancia y algunos de estos se convierten en un peligro para la sociedad. En el caso de los jóvenes, existe un ejemplo muy bien documentado, el caso de Luke Woodham, que asesinó a su madre y a sus dos compañeros de escuela y torturó y asesinó a su propio perro con anterioridad (ASCIONE, 1999).

Las investigaciones muestran que los tiradores de colegio (*school shooters*) a menudo tenían algunos casos de crueldad animal previos. Pero nadie pensó mucho en ello, sino que pensaban que eran cosas de niños. Sin embargo, estos niños crecieron hasta ser hombres violentos. (ARKOW, 2001).

Las entrevistas con más de 100 asesinos en serie y de masas mostraron que la mayoría tenía un historial de algún tipo de maltrato animal en sus infancias. (WRIGHT, J., & HENSLEY, C., 2003). De entre los asesinos en serie y en masa son estudiados los antecedentes de crueldad hacia animales en los casos de Eric Harris y Dylan Klebold, Kip Kinkel, Mitchell Johnson y Andrew Golden, Michael Carneal, Luke Woodham, Brenda Spencer, Lee Boyd Malvo, Jeffrey Lionel Damher, Arthur Shawcross, Ted Bundy, Edmund Emil Kemper III, Carroll Edward Cole, Albert de Salvo, Peter Kurten, Richard Trenton Chase, David Berkowitz, Patrick Sherrill, etcétera.

VII. Conclusiones

La atención de la familia y los contextos sociales de la comunidad en la vida de los niños es fundamental para la comprensión de la conducta violenta. Esto es válido para el caso especial del maltrato animal. Como WIDOM (1989) y tantísimos investigadores han demostrado, una historia de abuso y negligencia infantil coloca a los individuos en riesgo de ser infractores penales al llegar a la edad adulta, y de ser potenciales criminales violentos.

La crueldad hacia los animales es muy a menudo una parte del paisaje de la violencia en la que los jóvenes participan y para los que están expuestos. El número de animales que son víctimas de esos abusos es, en la actualidad, difícil de estimar.

Los padres, maestros, educadores y los propios jóvenes deben ser informados de que el maltrato animal puede ser una señal significativa de una tendencia a la violencia y perturbación psicológica y que no debe ser ignorado.

También, ser testigo de maltrato de animales es una forma de exposición a la violencia que debe ser evaluado de forma rutinaria, ya que puede tener efectos significativos en los jóvenes (BOAT, 1999). A menudo los niños están profundamente apegados a sus mascotas y observando el abuso violento o muerte de una mascota a manos de otros pueden ser emocionalmente devastador.

Como parte de la búsqueda de programas efectivos de prevención e intervención de la violencia juvenil, las organizaciones de protección animal y profesionales de la criminología y otras disciplinas educativas como la educación social y humanitaria, han estado desarrollando esfuerzos educativos y terapéuticos que incorporan el contacto con animales a través de terapias asistidas por animales (DUEL, 2000). El tema de fondo de muchos de estos programas es que enseñan a los jóvenes a entrenar, cuidar, e interactuar con animales, de modo que reducirá cualquier tendencia que puedan tener para la agresión y la violencia.

Estos programas suponen que los niños son más propensos a cometer maltrato animal cuando su capacidad de empatía se ha visto socavada o comprometida (BAVOLEK, 2000). Desarrollar un sentido de empatía por los animales es un puente hacia una mayor empatía por los demás seres humanos, por lo que la violencia hacia ellos será menos probable.

Los programas educativos, tanto a nivel preprofesionales y profesionales, deben dar mayor énfasis a la capacitación sobre el maltrato animal y su superposición con otras formas de violencia en la familia y la comunidad. Estos deben ir dirigidos jueces, fiscales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, veterinarios, maestros y profesores, educadores sociales y profesionales del Trabajo Social, médicos, abogados... además de a las escuelas y la sociedad en general. Por ello, además de los profesionales expertos en violencia interpersonal y maltrato animal que lo llevan haciendo años atrás y algunas organizaciones de protección animal, la Sociedad Española contra la Violencia —SECVI— ha puesto en marcha el proyecto Prevent Link Project, que va destinado a profesionales de todas las disciplinas, a colegios y a la sociedad en general para prevenir la violencia hacia humanos y animales.

A través de la programación educativa en las escuelas y la conciencia pública sobre el bienestar animal y la forma en que está vinculada a la violencia humana, podemos tratar de intervenir antes de que la violencia se inicie o se intensifique. Un componente clave de la educación social y humanitaria es el desarrollo de la empatía, lo que ayuda a los niños a transferir la empatía hacia los seres humanos.

Reconociendo el vínculo entre el maltrato animal y otras formas de violencia en la familia, se proporciona a los profesionales en todos los campos una herramienta más para prevenir la violencia en nuestra sociedad. Al trabajar juntos y compartir esta información con los demás, la conciencia pública se elevará y a su vez, aumentará la intervención y la eficacia en la prevención de la violencia y el maltrato familiar en todas sus formas.

VIII. Referencias bibliográficas

Alberta Society for the Prevention of Cruelty to Animals (2012). "The Cruelty Connection: The Relationship between Animal Cruelty, Child Abuse and Domestic Violence". Located at http://www.albertaspca.org/neglect-abuse/cruelty-connection/resources.html.

ALYS, L., WILSON, J. C., CLARKE, J., & TOMAN, P. (2009). "Developmental animal cruelty and its correlates in sexual homicide offenders and sex offenders". In LINZEY, A. (ed.), *The link between animal abuse and human violence.* Eastbourne, East Sussex, UK: Sussex Academic Press.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (1994). "Diagnostic and statistical manual of mental disorders (DSM-IV)". Washington, DC.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2013). "Diagnostic and statistical manual of mental disorders" (5th ed.). Washington, DC.

ARLUKE, A. (2002). "Animal abuse as dirty play". Symbolic Interaction, 25, 405-430.

ARLUKE, A. (2012). "Interpersonal barriers to stopping animal abuse: Exploring the role of adolescent friendship norms and breeches", *Journal of Interpersonal Violence* 27, 2939-2958.

ARLUKE, A., & MADFIS, E. (2013). "Animal abuse as a warning sign of school massacres: A critique and refinement". Homicide Studies, 20, 1-16.

ASCIONE, F. R. (1993). "Children who are cruel to animals: A review of research and implications for developmental psychopathology". Anthrozoos, 6, 226-247.

ASCIONE, F. R. (2001). "Animal abuse and youth violence". Juvenile Justice Bulletin. *Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. Washington, DC.*

ASCIONE, F. R. (2005). "Children & animals: Exploring the roots of kindness & cruelty (p. 137)". West Lafayette, IN: Purdue University Press.

ASCIONE, F. R., & BLAKELOCK, H. H. (2003). "Incarcerated men's reports of animal abuse: A study of the perpetrator's perspective". Paper presented at the 8th International Family Violence Conference, Portsmouth, NH.

ASCIONE, F. R., & SHAPIRO, K. (2009). "People and animals, kindness and cruelty: Research directions and policy implications". *Journal of Social Issues,* 65, 569-587.

BALDRY, A. C. (2005). "Animal abuse among preadolescents directly and indirectly victimized at school and at home". *Criminal Behaviour and Mental Health,* 15, 97-110.

BECKER, F., & FRENCH, L. (2004). "Making the links: Child abuse, animal cruelty, and domestic violence". *Child Abuse Review,* 13, 399-414.

BECKER, K. D., STUEWIG, J., HERRERA, V. M., & McCLOSKEY, L. A. (2004). "A study of fire-setting and animal cruelty in children: Family influences and adolescent outcomes". *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry,* 43, 905-912.

BOAT, B. W. (1999). "Abuse of children and abuse of animals: Using the links to inform child assessment and protection". In ASCIONE, F. R. & ARKOW, P. (eds.), *Child abuse, domestic violence, and animal abuse: Linking the circles of compassion for prevention and intervention,* 83-100. West Lafayette, IN: Purdue University Press.

BOAT, B. W., LOAR, L., & PHILLIPS, A. (2008). "Collaborating to assess, intervene, and prosecute animal abuse: A continuum of protection for children and animals". In ASCIONE, F. R. (ed.), *International handbook of animal abuse and cruelty: Theory, research, and application*. West Lafayette, IN: Purdue University Press, pp. 393-422.

CARLISLE-FRANK, P., FRANK, J. M., & NIELSEN, L. (2006). "Selective battering of the family pet". Anthrozoos, 17, 26-42.

Centers for Disease Control and Prevention. Youth risk behavioral surveillance-United States, 2009. MMWR 2010; 59 (No. SS-5).

Centers for Disease Control and Prevention. Web-based Injury Statistics Query and Reporting System (WISQARS) [Online]. (2009) National Center for Injury Prevention and Control, Centers for Disease Control and Prevention (producer). Available from URL: http://www.cdc.gov/injury/wisqars/index.html. [Accessed 2010 July 07.]

CURRIE, C. L. (2006). "Animal cruelty by children exposed to domestic violence". Child Abuse & Neglect, 30, 425-435.

DADDS, M. R., & FRASER, J. A. (2006). "Fire interest, fire setting and psychopathology in Australian children: A normative study". *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry,* 40, 581-586.

DADDS, M. R., WHITING, C., & HAWES, D. J. (2006). "Associations among cruelty to animals, family conflict, and psychopathic traits in childhood". *Journal of Interpersonal Violence,* 21, 411-429.

DAHLBERG, L. L., KRUG, E. G,. "Violence: a global public health problem". In: KRUG, E. G., DAHLBERG, L. L., MERCY, J. A., ZWI, A. B., LOZANO, R., (editors). *World report on violence and health.* Geneva (Switzerland): World Health Organization; 2002. pp. 1-21.

DeGUE, S., & DiLILLO, D. (2009). "Is animal cruelty a 'red flag' for family violence? Investi-

gating co-occurring violence toward children, partners and pets", *Journal of Interpersonal Violence,* 24, 1036-1056.

DeVINEY, E., DICKERT, J., & LOCKWOOD, R. (1983). "The care of pets within child abusing families". *International Journal for the Study of Animal Problems,* 4, 321-329.

DOHERTY, D. & HORNOSTY, J. (2008). "Exploring the Links: Firearms, Family Violence and Animal Abuse in Rural Communities", The Latham Letter (Summer 2008) at http://www.albertaspca.org/resources/publications/DohertyHornosty%20Report%20(Latham)%20ExecSummary2008.pdf.

EDELSON, J. L., MBILINYI, L. F., BEEMAN, S. K., & HAGEMEISTER, A. K. (2003). "How children are involved in adult domestic violence: Results from a four-city telephone survey". *Journal of Interpersonal Violence,* 18, 18-32.

FAVRE, D. (2004). "Integrating animal interests into our legal system". *Animal Law,* 10, 87-98.

FITZGERALD, A., KALOF, L. & DIETZ, T. (2009). "Slaughterhouses and increased crime rates: An empirical analysis of the spillover from 'The Jungle' into the surrounding community". *Organization & Environment,* 22, 158-184.

FLYNN, C. P. (1999). "Animal abuse in childhood and later support for interpersonal violence in families". *Society and Animals,* 7, 161-172.

FRIEDMANN, E., SON, H., & TSAI, C. C. (2010). "The animal/human bond: Health and wellness". In FINE, A. H. (ed.), *Handbook on Animal-Assisted Therapy: Theoretical Foundations and Guidelines for Practice* (3rd ed.). San Diego: Academic Press, pp. 85-107.

GULLONE, E., & ROBERTSON, N. (2008). "The relationship between bullying and animal cruelty behaviours in Australian adolescents". *Journal of Applied Developmental Psychology,* 29, 371-379.

GULLONE (2011). "Conceptualizing Animal Abuse with Antisocial Behavior Framework". *Animals,* 1, 144-60.

HACKETT, S. & UPRICHARD, E. (2007). "Animal Abuse and Child Maltreatment: A Review of the Literature and Findings from a UK Study". *National Society for the Prevention of Cruelty to Children,* London.

HARE, R. D., "Psychopathy as a risk for violence". Psychiatry Q. 1999 Fall; 70:181-97.

A research scale for the assessment of psychopathy in criminal populations. Personality and Individual Differences (1980) 1, 11-119.

The Hare Psychopathy Checklist-Revised. Toronto: Multi-Health Systems 1991.

The Hare Psychopathy Checklist-Revised. 2nd ed. Toronto (ON): Multi-Health Systems, Inc; 2003.

Diagnosis of Antisocial Personality Disorder in two prison populations. American Journal of Psychiatry (1983) 140, 887-890

HENSLEY, C., & TALLICHET, S. E. (2005). "Learning to be cruel? Exploring the onset and frequency of animal cruelty". *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology,* 49 , 37-47.

KELLERT, S. R., & FELTHOUS, A. R. (1985). "Childhood cruelty toward animals among criminals and noncriminals". *Human Relations,* 38, 1113-1129.

KOTLER, J. S., & McMAHON, R. J. (2005). 2Child psychopathy: Theories, measurement, and relations with development and persistence of conduct problems". *Clinical Child and Family Psychology Review,* 8, 291-325.

MERCY, J., BUTCHART, A., FARRINGTON, D., CERDÁ, M. (2002). "Youth violence". In KRUG, E., DAHLBERG, L. L., MERCY, J. A., ZWI, A. B., LOZANO, R., (editors). *World report on violence and health.* World Health Organization, Geneva (Switzerland), 2002, pp. 25/56.

MERZ-PEREZ, L., HEIDE, K. M., & SILVERMAN, I. J. (2001). "Childhood cruelty to animals and subsequent violence against humans". *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology,* 45, 556-572.

National Coalition Against Domestic Violence (NCADV) Domestic violence facts. (2007) Retrieved from http://www.ncadv.org/files/DomesticViolenceFactSheet(National).pdf

PATRONEK, G. (2008). "Animal hoarding: A third dimension of animal abuse". In ASCIONE, F. R. (ed.), *The international handbook of animal abuse and cruelty: Theory, research, and application.* West Lafayette, IN: Purdue University Press, pp. 221-246.

PHILLIPS, A. and McQUARRIE, D. (2009). "Therapy Animals Supporting Kids (TASK) Program Manual".

PHILLIPS, A. & LOCKWOOD, R. (2013). "Investigating & Prosecuting Animal Abuse: A Guidebook on Safer Communities, Safer Families & Being an Effective Voice for Animal Victims". National District Attorneys Association.

RAINE, A., DODGE, K., LOEBER, R., GATZKE-KOPP, L., LYNAM, D., REYNOLDS, C., STOUTHAMER-LOEBER, M., & LIU, J. (2006). "The reactive-proactive aggression questionnaire: Differential correlates of reactive and proactive aggression in adolescent boys". *Aggressive Behavior,* 32, 159-171.

RESSLER, R. K., BURGESS, A. W., HARTMAN, C. R., DOUGLAS, J. E., & McCORMACK, A., "Murderers who rape and mutilate", en LOCKWOOD, R. & ASCIONE, F. A. (eds.), *Cruelty to animals and interpersonal violence 1998,* West Lafayette, IN: Purdue University Press, pp. 179-193.

RISLEY-CURTISS, C., ZILNEY, L. A. & HORNUNG, R. (2010). "Animal-Human Relationships in Child Protective Services: Getting a Baseline", Child Welfare, 89/4, 67-82.

SIMMONS, C. A., & LEHMANN, P. (2007). "Exploring the link between pet abuse and controlling behaviors in violent relationships". *Journal of Interpersonal Violence,* 22, 1211-1222.

SPRINKLE, J. (2008). "Animals, Empathy & Violence". *Youth Violence and Juvenile Justice,* 6/1, 47-58.

TANNENBAUM, J. (1999). "Ethics and Pain Research in Animals". *Institute for Laboratory Animal Research,* 40/3, 97-110.

U.S. Department of Health and Human Services, Administration on Children, Youth and Families. (2013). Child maltreatment 2012. Washington, DC: U.S. Government Printing Office.

VAUGHN, M. G., & HOWARD, M. O. (2005). "The construct of psychopathy and its potential contribution to the study of serious, violent, and chronic youth offending". *Youth Violence and Juvenile Justice,* 3, 235-252.

VERLINDEN, S., HERSEN, M., & THOMAS, J. (2000). "Risk factors in school shootings". *Clinical Psychology Review,* 20, 3-56.

WRIGHT, J., & HENSLEY, C., "From animal cruelty to serial murder: Applying the graduation hypothesis". *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology,* 2003, 47, 72-89.

Carnaval de incienso y MDMA: un acercamiento desde la criminología cultural al fenómeno de los Raves y la Semana Santa

Antonio Silva Esquinas (*)

Jorge Ramiro Pérez Suárez (**)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. Mascaradas intemporales. Ontología de las festividades líquidas y sólidas.— IV. ¡Al cielo! ¡A esta é! Semana Santa como sedimento sólido de la cartografía sociocultural.— V. "Tú como yo, drogas nada más". Raves, la emblemática liturgia posmoderna.— VI. Clasismo, drogas, alcohol, mesianismo y otros excipientes. Los valores subterráneos de la sociedad posmoderna.— VII. Metodología.— VIII. Consideraciones éticas.— IX. Limitaciones.— X. Resultados y análisis de los datos.— XI. Catedrales del techno desenfrenado. Desviación, pertenencias simbólicas y modus vivendi en los raves.— XII. Conclusiones.— XIII. Referencias.

I. Resumen

En este artículo realizaremos una incursión al carnaval contemporáneo. Intentaremos comprobar si tras la mascarada simbólica de eventos lúdicos actuales, como los raves, o propios del folclore nacional, como la propia Semana Santa sevillana, se esconden las mismas estructuras socioculturales y, por ende, las desviaciones afines a las mismas. Para ello, se realiza un acercamiento etnográfico desde la Criminología Cultural (HAYWARD y YOUNG, 2008), que nos lleva a observar cómo la teoría del carnaval del delito (PRESDEE, 2000) asume consistencia en ambos escenarios.

II. Introducción

La iconoclastia y los rituales de los eventos religiosos y del folclore popular se funden con los valores socioculturales de la comunidad. Será aquí donde aparezca un catálogo de conductas que se tendrán como aceptadas o desviadas (BECKER, 1997). Es decir, el emplazamiento, la dirección del rito o si este es tradicional o no carece de importancia*; leges, mores y folkways* (SUMMER, 1906) se adaptan generando esferas de conformidad y desviación.

Por más que se quiera mantener la tradición de una u otra festividad, el organismo social ha ido mutando desde la modernidad hasta la posmodernidad (BAUMAN, 2016). A tenor de lo anterior, si sabemos que la comunidad española se encuentra inmersa en los valores propios del capitalismo, consumismo, hipernarcisismo e individualismo (LIPOVETSKY, 2015) o la propia concepción del todo como espacio heterotópico (Foucault, 2010), hemos de reflexionar sobre si todos estos valores se encuentran dentro de

(*) Lic. Antonio Silva Esquinas. Universidad Europea de Madrid. antonio.silva@universidadeuropea.es. España.

(**) Dr. Jorge Ramiro Pérez Suárez. Universidad Europea de Madrid. jorgeramiro.perez@universidadeuropea.es. España.

las festividades independientemente del origen de estas.

Para abordar el fenómeno nos adheriremos a los postulados de la Criminología Cultural (HAYWARD y YOUNG, 2008; Ferrell *et al.*, 2015). De forma específica vamos a investigar desde la concepción del carnaval del delito (PRESDEE, 2000) las posibles vicisitudes que encontremos en cada escenario. Ferrell *et al.* (2015: 3-10) al explicar la Criminología Cultural señalan una serie de visiones clave relacionadas con la naturaleza líquida del mundo contemporáneo y la modernidad tardía:

- La creatividad de la acción humana: en la que los grupos sociales crean sus propios significados en mundos que les vienen impuestos.

- El proceso de otrificación: entendiendo el "Otros" y el "Nosotros" como narrativas morales precodificadas (incluyendo lo desviado).

- La cultura entendida como proceso.

- La cultura como una negociación y performatividad, que permite su transgresión y rechazo.

- La deconstrucción teórica de la Criminología, incluyendo perspectivas de estudios filosóficos, antropológicos, mediáticos, etc.

- Crítica al poder y el estudio del delito como espectáculo público.

Para llevar a cabo todo lo anterior, se ha realizado un estudio basado en los *Mixed Methods* (NAGY y BURKE, 2015) en las ciudades de Sevilla, Madrid y Mallorca, donde se establecieron como fenómenos a estudiar la Semana Santa y los *raves* respectivamente.

III. Mascaradas intemporales. Ontología de las festividades líquidas y sólidas

Antes de profundizar en el estudio de ambos fenómenos, es de obligada atención examinar la estructura de cada uno de ellos. En el caso presente, desde la óptica de la Criminología Cultural habremos de analizar la cultura hegemónica inserta en la sociedad donde se están dando estos eventos.

Hemos de ser conscientes de que la Semana Santa es un evento modernista; esto es: colectivo, simbólico, generador de sinergias populares, que versa sobre postulados sempiternos y sólidos como la vida, la muerte, el sacrificio o la constancia. Sin embargo, encontramos también visiones dicotómicas insertas en ella: vida-muerte, error-castigo, sufrimiento-perdón, sacrificio-éxito, etc. Por ende, es fácil vislumbrar las conductas que dicha festividad aprueba o condena. En cambio, cuando hablamos de *raves* estamos ante eventos puramente posmodernos, al menos *a priori*. Hablamos de la homogeneidad de clases, de la difuminación de estilos y credos, del trance inter-género e inter-generacional, de vivir el rito de manera individual dentro de la masa. Por ende, aquí los valores de lo desviado debieren discriminar con los del evento moderno. Verbigracia, pensemos quien viva el evento como un trance espiritual, como una conexión con su subconsciente y la naturaleza, con el sonido y la luz, una fusión entre el hombre y el medio. Bajo esta perspectiva el desviado será aquel que asista por mero postureo o el que conciba el evento como algo comercial.

Si seguimos la pauta marcada con anterioridad, no nos será difícil pensar que en ambos eventos se verán adscritas conductas propias del capitalismo, de la mercantilización de la experiencia y del simbolismo lacaniano (LACAN, 2013) pervirtiendo el sustrato originario de cada uno de los eventos. La liquidez se hará manifiesta y dominará primero a los sujetos y estos a las representaciones carnavalescas o dramatúrgicas en busca de la liberación de su alma o del hastío propio del joven *millennial*.

Vemos en la Tabla 1, una comparativa apriorística de ambas festividades, donde quedan patentes sus posibles diferencias y similitudes, a la hora de justificar su comparativa.

Tabla 1. *Comparativa apriorística de los fenómenos objeto de estudio.*

Elementos del fenómeno	Semana Santa Sevilla	Raves
Axiología	Modernidad	Posmodernidad
Ontología	Religiosa	Carnavalesca
Aspiración	Trascendencia/Unicidad	Trascendencia/Unicidad
Ritual	Colectivo	Colectivo
Actitud	Recogimiento	Exceso
Actores	En Igualdad	En Igualdad

Fuente: Elaboración propia.

IV. ¡Al cielo! ¡A esta é! Semana Santa como sedimento sólido de la cartografía sociocultural

Desde el siglo XVI vienen procesionando por Sevilla en estación de penitencia las denominadas "hermandades". Si bien es cierto que ya en el siglo XV había estaciones de penitencia, no lo es menos que no conformaban la escenografía o el concepto actual (RODRÍGUEZ, 2008). La hermandad pionera sería la Vera Cruz (1448) y paulatinamente fueron creciendo hasta el total de más 60 hermandades que realizan estación de penitencia. Es importante hablar de esta transición, de la humildad del hecho y de lo ostentoso de la escena, del sentimiento o la percepción que de ello tiene aquel que no es penitente, pero que va a observar el acto en sí mismo.

Aunque la festividad tenga una simbología y una filosofía originaria muy clara, el espectador, el penitente o el creyente tendrán sus propios y diferenciados principios para con ella. Mientras unos observan ensimismados el arte rococó, otros tantos se encuentran inmersos en mitad de su oración al rosario y, algunos más, se encuentran allí como esperanza última para salir de su difícil situación personal o por mero "postureo" (MORENO, 1997).

La Semana Santa es un ritual de cohesión, nos dice Briones (1983, 1993) tras su profundo estudio del fenómeno, ante la magnificencia de Dios encarnado en la talla todos somos iguales. No habría, por ende, clases socioeconómicas que nos distinguieran, todo el mundo acude a ver al Señor. El fenómeno de cohesión se vería respaldado con la iconografía y el simbolismo de la dramaturgia situacional (BRIONES, 1983, 1993; MORENO, 1997). Pensemos en la sugestión, en el sentimiento colectivo; en el silencio, muestra de respeto virtuoso, ante el pasar pausado de la imagen. Oro, pasajes bíblicos andantes que versan sobre la vida y la muerte, la necesidad del perdón, el sacrificio y el amor. Imágenes que difícilmente no podremos asociar a algún evento tipo de nuestro *iter vitae*. Es fácil pensar, que ante un *reality* comunitario de tal calibre los sentimientos no se sobredimensionen.

Como todo evento, el capitalismo se ha encargado de transformarlo en un producto (RODRÍGUEZ, 2008; MUÑOZ, 2017). Vemos así los *toures* en Semana Santa para turistas, la expansión de la oferta gastronómica (DIARIO DE SEVILLA, 2017) o el ofertar la festividad como cultural a los ateos y como religiosa a los creyentes. Es aquí cuando empiezan a surgir dudas sobre qué realidad se encuentra en más abundancia en la población, si la meramente festivo-comercial o la basada en los principios robustos de la modernidad.

V. "Tú como yo, drogas nada más". Raves, la emblemática liturgia posmoderna

El fenómeno *rave* tiene diversas raíces dependiendo del género musical que en el mismo domine (FREIXA y PALLARÈS, 1998). No obstante, la estructura desde la cual este estudio ha accedido enfatizaría con los orígenes anglosajones, donde ya fuera al aire libre o mediante el *clubbing* los jóvenes,

y no tan jóvenes, acudían a un entorno determinado a encontrarse consigo mismo (REYNOLDS, 2006). Podía darse de forma clandestina o no, aunque originalmente se perseguía ese halo de desviación o de repulsa a lo comercial, en tanto que se buscaba una experiencia mística y un retorno a lo primigenio (TAVARES, 2009; SEIJAS, 2013). De hecho, será este un elemento clave, ya que se tomó como lugar de referencia para aquellos individuos que en su cotidianeidad tenían que rehuir de su identidad sexual, censurar su forma de vestir o sus gustos, e incluso tenían prohibido por razones étnicas establecer contacto con la otredad o la admisión a ciertos establecimientos (AGUILAR, 2003; MONTENEGRO, 2003).

Estamos de nuevo ante un fenómeno apriorísticamente cohesionador. Si la mezcla de mirra, cáscara de naranja, vainilla o clavo son utilizadas por las diferentes hermandades en Semana Santa en su incienso ceremonial, en este caso los alquimistas del neón utilizarán el MDMA, los *bits* o la luz (Imagen 1) para inducir el trance (GAMELLA *et al,* 1997; MATUS, 2004; MÍGUEZ, 2007).

Imagen 1. Contexto de *rave clubbing* con iconografía mitológica.

Fuente: Jorge Ramiro Pérez Suárez (2017), *Rave* [fotografía]

Tenemos, pues, un grupo de sujetos insertos en una nueva dramaturgia posmoderna en busca de romper los estigmas cotidianos en pos de libertad. Un carnaval efímero, donde lo que realmente cuenta es la esencia del ser. Luego, ¿estamos ante algo posmoderno e hiperindividual (LIPOVETSKY, 2015) o estamos ante un eterno retorno (NIETZSCHE, 2011) que finalmente apunta a los valores colectivos de la modernidad?

Diferentes autores apuntan a que ambas realidades son posibles (AGUILAR, 2003; MONTENEGRO, 2003; MATUS, 2004). Verbigracia, buscando en un *rave* la libertad de pertenencia a una tribu urbana sin ser juzgados, más una vez dentro de la misma no buscamos el placer colectivo, sino el propio.

Aun así, el capitalismo también se ha hecho con este nicho de mercado vendiendo experiencias personalizadas desde un prisma de clase, imponiendo los criterios simbólicos de la ropa o los

peinados *trending*, resquebrajando los principios de igualdad intrínsecos a este tipo de liturgia nocturna. Será así como surjan los festivales comerciales y se diferencien de aquellos que sí siguen la filosofía de la cultura *rave* (HELEN, 1992).

VI. Clasismo, drogas, alcohol, mesianismo y otros excipientes. Los valores subterráneos de la sociedad posmoderna

Este apartado pretende ser el nexo de unión entre las festividades anteriormente descritas y la influencia cultural que han ido minando su estructura ontológica (RODRÍGUEZ, 2008). Por ende, pasaremos a hablar de los dogmas hipermodernos y de la posible localización en cada uno de estos espectáculos socioculturales. Ello nos llevará a hacer una breve reflexión sobre qué valores serían los imperantes en cada escenario, los subterráneos (MATZA y SYKES, 1971) e intrínsecos a las prácticas analizadas.

Cuando analizamos la realidad social actual dentro de la corriente capitalista, es fácil encontrar los vértices de clasismo, del hiperhedonismo desmedido y de la necesidad de creer en algo superior que nos libere de nosotros mismos (Lipovetsky, 2015). De hecho, siguiendo la lógica del carnaval del delito (PRESDEE, 2000) esto debería aumentar, en tanto que si todos somos iguales en estos contextos será banal la clase, sexo o edad de un sujeto para delinquir o llevar a cabo conductas desviadas.

No es difícil encontrar el clasismo dentro de este tipo de eventos. Pensemos en los palcos en Semana Santa o las zonas VIP en los clubs de música electrónica. Mientras estos últimos en las zonas observadas empezaban desde los 150, las sillas o los balcones en la Semana Santa sevillana comienzan sus precios desde 70.27/día y 100 por persona y día respectivamente (RODRÍGUEZ, 2017).

Podemos concluir, apriorísticamente, que el clasismo imperante que supuestamente estas actividades festivas pretendían eludir se encuentra inserto y normalizado en las mismas. *De facto*, son factores de riesgo para generar delitos de estafa, lesiones, etc. Pensemos, por ejemplo, en aquellos usuarios que por no portar una ropa de determinada estética y/o marca no pueda acceder a un local o a aquel sujeto que quiera realizar estación de penitencia y no pueda pagar los más de 700 que supone procesionar en algunas hermandades.

Otro trazo común es el enaltecimiento de la consecución de placer individual. Convertidos en seres que solo piensan en sí mismos, en lo que nos gusta y nos hace sentir bien por encima de cualquier otro dogma (LIPOVETSKY, 2015; BAUMAN, 2016). Dentro de este hiperhedonismo podrían encontrarse conductas como el consumo de sustancias tóxicas. La búsqueda del eterno placer no se da solo con carácter puntual, y esta neutralización (SYKES y MATZA, 1957) constante del sacrificio, del esfuerzo a cambio del placer, se aplica también en estos prismas festivos.

Por tanto, no habría de ser algo sacrílego pensar en adolescentes consumiendo cannabis públicamente ante una procesión de Semana Santa o consumiendo alcohol para entrar en sintonía con los compases de las cornetas y los tambores. De igual forma, el uso de este tipo de prácticas parece ser fundamental en la escenografía del *rave*.

Por último, hemos de hablar de algo sobre lo cual los diferentes autores de una u otra festividad han llamado la atención (HELEN, 1992; BRIONES, 1993; MONTENEGRO, 2003; RODRÍGUEZ, 2008). La necesidad de la cohesión, el simbolismo, la liberación del ánima en busca de un descanso espiritual, de la búsqueda de paz durante el trance. Esto también es una subsunción directa de los valores macro. Hoy día, con un panorama tan nefasto del mercado laboral, con unos *mass media* que solidifican el miedo colectivo (SALAZAR, 2009; ESTEFANÍA, 2011; FOCÁS, 2015), dibujan los demonios populares (COHEN, 2002) y apuntalan los cimientos de la sociedad del riesgo (Beck, 2006), la población necesita creer en algo. Establecer una figura referente que nos haga olvidar los problemas, a la que encomendarnos cuando estemos en apuros.

VII. Metodología

El presente estudio se realizó bajo el paradigma de los *Mixed Methods*, definidos por JHONSON, ONWUEGBUZIE y TURNER (2007: 123) "el tipo de investigación en la que un investi-

gador o equipo de investigadores combina elementos de enfoques de investigación cualitativa y cuantitativa a efectos de amplitud y profundidad de comprensión y corroboración".

El uso de esta metodología viene a tenor de la gran flexibilidad que nos dotaba para acercarnos a ambos fenómenos estudiados. Para aumentar la validez de los datos, a la par que profundizábamos en ambas esferas festivas. Seguimos un diseño de justicia social o transformativa dentro de un contexto mayor que autores como CRESWELL (2015) denominaron diseño convergente.

El diseño convergente recopila conjuntos de datos cuantitativos y cualitativos para analizar posteriormente el meta-conjunto resultante e integrar los resultados con un fin comparativo. El diseño de justicia social o transformativa lo que nos permitiría es, utilizando el convergente de base, realizar hincapié en determinadas fases del estudio con el fin de mejorar la vida de la comunidad.

Debido al carácter inductivo de esta investigación no estableceremos unas hipótesis cerradas, sino dos preguntas de investigación:

PI1: ¿Ha afectado el capitalismo a la esfera cultural generando estructuras festivas o de culto similares bajo valores radicalmente opuestos?

PI2: ¿Ha llevado el capitalismo a replicar sus propios valores en las estructuras festivas y de culto generando conductas desviadas y delictivas?

Y sus correspondientes objetivos generales:

OG1) Identificar si tras la "mascarada" de las festividades populares se encuentra oculta una estructura sociocultural idéntica y que modifica los postulados ontológicos de las mismas.

OG2) Discriminar si dentro de dichas festividades existen una serie de "mores" y "folkways" que a la par aúnan y marginan a los sujetos; así como si se produce una pertenencia grupal simbólica al operar de acuerdo a las mismas.

OG3) Indicar las conductas desviadas y delictivas que tienen lugar en cada uno de estos eventos relacionando el catálogo de cada una de ellas entre sí.

Y específicos:

OE1) Describir la estructura sociocultural de *raves* y Semana Santa.

OE2) Señalar las "mores" y "folkways" que sirven de criterio de aceptación o expulsión de los sujetos en estas festividades.

OE3) Analizar las conductas que son consideradas como desviadas en cada contexto.

Recurrimos a técnicas cualitativas y cuantitativas, resumiéndose las primeras en el uso de etnografía instantánea (FERRELL *et al.*, 2015), entrevistas formales e informales y observación, tanto documental como de campo. En el eje cuantitativo se utilizó la encuesta como método epidemiológico.

En cuanto a las razones que justifican la elección de la Semana Santa en Sevilla:

Su carácter paradigmático en cuanto a fervor, aparato, dispositivo, tratamiento mediático e impacto social. Siendo la festividad de Semana Santa más histórica y con mayor afluencia, y así la más representativa.

La facilidad de acceder de uno de los investigadores.

Mientras que las razones que justifican el tratamiento de las raves como fenómeno nacional son:

Son fenómenos atomizados, clandestinos e itinerantes, por lo que, unido al carácter inductivo del estudio, era necesario tratar de manera nacional sin discriminar.

El acceso a las experiencias de una muestra de conveniencia.

En el caso de Semana Santa se llevaron a cabo 3 sesiones etnográficas. Los días en los cuales se realizó la observación fueron el Domingo de Ramos (mañana), el Sábado Santo (tarde) y la Madrugá (noche).

Las dos observaciones se llevaron a cabo en Madrid:

Escenario 1: Fiesta de Música Electrónica

Escenario 2: Fiesta *Psytrance* en Sala

Siendo conscientes de que nuestro abordaje etnográfico podría ser limitado y/o estar sesgado por circunstancias contractuales, se determinó como imperativo realizar un análisis de documentos audiovisuales de dichas festividades en años anteriores o escenarios distintos. Así como se creyó necesario el estudio del tratamiento mediático de estos rituales, con especial énfasis en el caso de la Madrugá por los disturbios ocurridos durante el propio trabajo de campo.

También se realizaron entrevistas en profundidad a un *N*= 6 compuesto por sujetos inmersos tanto en la cultura *rave* (en diferentes partes de España) como asiduos al ocio nocturno más generalista o ambos. Las entrevistas nos permitieron conocer de primera mano las realidades y la construcción cosmogónica del fenómeno de las fiestas electrónicas de primera mano. El hecho de tratarse de entrevistas semiestructuradas (casi abiertas) permitió la obtención de información profunda y detallada sobre las *mores* y *folkways*.

Los mismos se distribuyen de la siguiente manera, según la Tabla 2:

Tabla 2. *Distribución de la N de entrevistas en profundidad según rol sexo y edad.*

Pseudónimo	**Rol**	**Sexo**	**Edad**
Radical Redemption	Usuario	Hombre	27
Manu	Usuario	Hombre	24
Ragnar	Usuario	Hombre	23
Kanela	Usuario	Hombre	23
DubMad	DJ	Hombre	22
Marte	Portero	Hombre	37

Fuente: Elaboración propia.

Se decidió estudiar la respuesta de la población en Semana Santa con un carácter más epidemiológico. Ello se justifica en la distribución heterotópica de la ciudad. Es decir, al existir zonas más marginadas, zonas más castizas y otras más alternativas; unas con más seguridad y otras con menos, etc. se entendió que las respuestas de la población diana deberían ser genéricas para que el estudio fuera más fiable. Por ende, se realizaron un total de *N*=267 encuestas en las zonas de: la Alameda de Hércules [50], el Arenal [51], el Salvador [50], Plaza del Altozano [51] y Plaza del Duque de la Victoria [65]; acotando así los principales *hot spots*. Las mismas se distribuyeron en tres fases, *ex ante,* durante y *ex post* a Semana Santa. La intención era evaluar la percepción de las desviaciones en los diferentes estadios de la festividad para así también poder testar el posible efecto del simbolismo imperante durante la misma. La distribución por sexo de la misma fue de un 50,2% [134] de varones y 49.8% [133] de mujeres. En cuanto a media de edad intersexos se sitúa en M= 38,55 con una DT= 17,18 y una moda situada en 20 años.

VIII. Consideraciones éticas

En cuanto a la etnografía, se tomó un rol de tipo observador intentando generar las mínimas interacciones posibles por cuestiones de seguridad y voluntariedad de los sujetos participantes. A pesar de ello, la propia dinámica del entono de ocio nocturno, generaba situaciones espontáneas que

requerían de un mínimo de participación. También pudimos realizar observación participante encubierta dentro de una de las procesiones que realizaban su estación de penitencia durante la Madrugá y que no revelaremos en este escrito por motivos éticos.

En cuanto a las encuestas, estas se realizaron de manera voluntaria y libre, informando a los respondientes de la finalidad del estudio y de manera presencial. La información obtenida se trató de manera agregada garantizando el anonimato y confidencialidad de esta.

En cuanto a las entrevistas, los entrevistados fueron informados de la finalidad del estudio obteniendo su consentimiento de manera expresa. Para garantizar el anonimato y la confidencialidad, se utilizó un pseudónimo. A su vez, se transcribieron los datos borrando posteriormente los audios.

Únicamente los autores del estudio tuvieron acceso al contenido de las entrevistas. Sin embargo, solamente el entrevistador conocía los datos personales de los entrevistados.

IX. Limitaciones

En cuanto a las limitaciones metodológicas se deben destacar las siguientes:

El tamaño muestral de la entrevista es reducido, y se requería tiempo para acceder a un mayor número de entrevistados a través de la técnica de bola de nieve. Junto a esto, no aparece representación alguna de público femenino.

Por otra parte, la encuesta no ha permitido conocer en profundidad la intra(e inter)-historia de los asistentes a la Semana Santa, especialmente en lo referente al visionado o no de conductas desviadas o delictivas.

Finalmente, La etnografía llevada a cabo en *raves* se estructuró en un principio en tres sesiones. No obstante, solo se pudieron realizar dos sesiones de observación. El motivo fue que surgió una limitación no esperada, fuimos rechazados en un evento *clubbing* por no reunir unos criterios estéticos acordes con la sala. Dado que éramos conscientes de las limitaciones de estudiar los *raves*, por la clandestinidad de estos, decidimos centrarnos en aquellos comerciales y no comerciales que se llevaban a cabo en clubes y, aun así, nos encontramos con este óbice.

X. Resultados y análisis de los datos

X.1. Antifaces multicolor. Dramaturgia goffmaniana en la madrugá sevillana

Nos sumergimos en las nubes de incienso intentando discernir qué había tras aquellos antifaces amoratados y qué efecto producía en el público:

Es Domingo de Ramos y la gente va de gala, es el "primer" día y hay que recibir a Jesús engalanado. Algo contrario a los valores bíblicos, pero no a los eclesiásticos y tampoco a los capitalistas. El Sevillano tipo va vestido con traje de chaqueta, pero como hace calor va buscando cualquier sombra para guarecerse. Ante todo, hay que guardar la identidad, la estética, la máscara y la representación ante la otredad. [Nota de Campo Antonio]

Recordemos cómo este criterio de adscripción estético cobra especial relevancia en lugares de ocio nocturno y discotecas, donde el código de vestimenta puede suponer la entrada o no en el local. Estamos, por ende, ante una uniformidad autoimpuesta y heteroimpuesta.

La escena iba mutando siempre en diferentes *tempos* y microesferas. Unos minutos antes de que la imagen saliera del templo el ambiente era distendido y se hablaba con normalidad de cualquier tema mientras se consumía alcohol en la vía pública frente a agentes del CNP. Sin embargo, una vez el panóptico cristo procesionaba al frente, el sujeto debía expiar sus pecados hasta que la imagen pasara y la "normalidad" volviera a su ser; este proceso se daba de igual forma en los palcos privados que fuera de los mismos:

La gente manda a callar, ya no caben los comentarios subidos de tono ni las risas previas; sale el Señor del templo. El silencio solo es roto por el himno de España y una estruendosa marea de aplausos que posteriormente vuelve a ser acallada. El público quiere oír la corneta lúgubre y las órdenes que el capataz da a los costaleros, pero de uno de los balcones VIP una saeta

brota con fuerza y tras esa otra y otra desde diferentes balcones. [Nota de Campo Antonio]

Esto último sugiere una reflexión, si bien es cierto que el clasismo se hacía presente a cada paso que dábamos dibujado en zonas con restricciones, parecía que dentro de cada microesfera (la VIP y la *ad hoc*) el comportamiento no era tan diferente, generando un escenario ambivalente de integración y gentrificación:

El olor a cannabis se hace más pesado y comienzo a ver a jóvenes con los ojos bastante rojos. A la par, observo como el *cyborg* se apodera de la masa y una multitud de luciérnagas digitales (*smartphones*) pululan entre el variopinto gentío. A mi lado un padre y su hija visualizan una película en una *tablet* tirando la basura de sus pipas al suelo mientras esperan. En los balcones VIP engalanados con sus mejores prendas esperan cubata en mano. [Nota de Campo Antonio].

En estas microesferas el discurrir de la desviación o la resiliencia no era equitativo:

La cruz de guía pasa ante mí y observo como los 7 individuos que estaban en el subsuelo fumando se acercan a la valla que los separa del resto para presenciarla mientras siguen liándose canutos a menos de un metro de niños de 3-5 años [...] Parecen menores y comienzan a surgir risas bobas a la par que vuelve a oler fuerte a cannabis. Suena el silencio, suena porque ante la quietud de todo el mundo solo parece oírse al grupo de menores del subsuelo [...] La gente empieza a incomodarse con la conducta del grupo y les incordian con la mirada, ellos ríen sintiéndose importantes, provocadores. [Nota de Campo Antonio].

Por ende, podemos dictaminar que hay un constructo de "mores" y "folkways" que sirven como criterios de aceptación y tanto los unos como los otros se quiebran en determinadas circunstancias o debido a diferentes variables. Así lo ejemplifica la encuesta: el visionado o no de conductas incívicas [$X2$ (1, N =267) = 6,36, p < 0,05] y el visionado o no de consumo de alcohol [$X2$ (1, N =267) = 5, 79, p <0,05] se distribuyen de manera significativa entre creyentes y no creyentes. Por ejemplo, el porcentaje de creyentes que sí han visto conductas incívicas (63,3%) es mucho mayor que el porcentaje de no creyentes que sí las han visto (24,7%). Junto a esto, el porcentaje de creyentes que sí han visto consumo de alcohol (56,6%) es mucho mayor que el porcentaje de no creyentes que han visionado la práctica etílica (21%). Atendiendo a lo indicado en la Tabla 6 en páginas posteriores, podemos observar como el hecho de ser creyente impacta en la percepción de la Semana Santa como un evento igualitario, no restringido y evocador de sentimientos profundos.

De la ruptura del códex social anterior surgen las conductas desviadas y/o delictivas que van algo más allá del mero consumo de cannabis, beber u orinar en la vía pública, etc. dando lugar también a delitos como la alteración del orden público (art. 557 *bis* CP):

Avalancha de gente en Puente de Triana. Se escucharon voces, el puente tembló ante el movimiento de la gente y surgió el pánico colectivo. En la zona del paseo fluvial, donde antes hacían botellón, se ve a grupos de gente huir masificados. En el puente todos corren dirección Plaza del Altozano. Decido ir en sentido contrario para ver qué ocurre. Observo como la procesión se ha quedado paralizada y algunos nazarenos han empezado a huir dramáticamente. Un miembro de la banda de música muestra un instrumento roto debido a la furtividad de la huida. En el trasiego una señora se desploma al lado de la barandilla del puente y un padre mete un carrito con un bebé entre dos coches para no ser aplastado por la masa mientras otro varón le ayuda. No obstante, casi son aplastados. Sucesos similares están ocurriendo en la zona de la Catedral (Carrera oficial-Arenal) y las imágenes quedan abandonadas en la calle ante la estupefacción de los penitentes. [Nota de Campo Antonio]

Es menester observar cómo la percepción de las conductas desviadas en la N de la encuesta varió tras estos acontecimientos que hemos querido operativizar como "avalanchas". Anteriormente a estas, la percepción de conductas incívicas era menor que *ex post.* Para analizar lo anterior se crean conjuntos de denominados "Pre avalanchas" ($n1$= 227) y "Post avalanchas" ($n2$= 40).

Según la Tabla 3:

Tabla 3. *Porcentajes de visionado de conductas incívicas anterior y posterior al evento "avalancha".*

	Pre Avalanchas (n1= 227)		Post Avalanchas (n2= 40)	
¿Ha visionado?	Sí	No	Sí	No
Incivismo	87,7 %	12,3 %	90 %	10 %
Consumo Alcohol	79, 3 %	20, 7 %	67,5 %	32, 5 %
Consumo Drogas	45, 8 %	54, 2 %	52, 5 %	47, 5 %
Sexo	8,8 %	91, 2 %	15 %	85 %
Pelear	64, 8 %	35, 2 %	65 %	35 %
Robar	31, 7 %	68, 3 %	27, 5 %	72, 5 %
Otras	24, 7 %	74, 9 %	55 %	45 %

Fuente: Elaboración propia.

El aumento en "otras" observado en Tabla 3 se debe esencialmente al fenómeno "avalanchas".

Volviendo a la generalidad de la muestra. Con una asistencia media de 4,7 días, teniendo en cuenta que 49 sujetos no asisten a Semana Santa, la percepción en cuanto a conductas incívicas es acentuada. Un total del 88% [235] de la muestra percibe que durante dicha festividad se dan conductas incívicas. Las más representativas (Tabla 4) son aquellas relacionadas con: a) alcohol (77%); b) peleas (65%); c) y drogas (47%).

Si analizamos las percepciones de las conductas incívicas más representativas por zonas obtenemos lo siguiente:

Tabla 4. *Porcentajes de percepciones de conductas incívicas según zonas.*

Conductas	**Zonas**				
	Alameda	**Arenal**	**Salvador**	**Altozano**	**Duque**
Alcohol	78	84	76	70	78
Peleas	66	65	56	67	69
Drogas	58	43	44	35	52

Fuente: Elaboración propia.

Sin embargo, si analizamos qué ocurre con el fenómeno "avalanchas" (Tabla 5) extraemos lo siguiente:

Tabla 5. *Porcentaje de percepción de avalanchas según zonas.*

Conductas	**Zonas**				
	Alameda	**Arenal**	**Salvador**	**Altozano**	**Duque**
Avalanchas	16	12	14	14	44

Fuente: Elaboración propia.

Podemos establecer varias lecturas a través de estos datos. En primer lugar, la conducta alcohol se encuentra representada de forma cercana en todas las zonas. Sin embargo, el Arenal se despunta. Este dato podría tener varias explicaciones. Por una parte, el Arenal colinda con zona de palcos y sillas para abonados a la par que posee un tejido hostelero importante. El Duque presenta una situación similar, mientras que la Alameda dispone de una oferta amplia en hostelería y ocio nocturno. Tanto Duque como Alameda comparten porcentaje, lo cual nos lleva a racionalizar la tabla *a contrario sensu*. Es decir, si unimos la tranquilidad y privacidad de los abonos a la mayor oferta de servicios relacionados con el alcohol la tasa de consumo aumentaría. De ahí que en el Arenal pueda darse una mayor percepción de conductas incívicas relacionadas con esta sustancia.

En cuanto a las drogas, será la Alameda quién marque el referente con un 58%. Estimamos que puede deberse a dos razones fundamentales: a) La Alameda *per se* es una zona alternativa de la ciudad, con antecedentes de prostitución callejera, gentrificación, *hot spot* de botellón, etc.; b) no presencia de abonos VIP, menor concentración de procesiones y seguridad. Lo anterior generaría un lugar crimípeto en cuanto al consumo de drogas.

En el caso de las peleas, encontramos que es en el Duque donde más representatividad existe (69%). Resulta paradigmático que ahí mismo se encuentre una concentración importante de abonos VIP y uno de los retenes más importantes del CNP. Sin embargo, si observamos los resultados obtenidos para el fenómeno "avalanchas" vemos que se vuelve a destacar la misma zona. Por ende, parece presentarse una íntima relación entre peleas-avalanchas.

Un dato a tener en cuenta es que donde encontramos una mayor concentración de individuos religiosos y con una mayor constancia, parecen apreciarse menos conductas incívicas (el Altozano). Sin embargo, hemos de decir que no se encontró significación estadística entre la percepción de actitudes incívicas y el hecho de ser creyente.

Al no obtener en nuestro análisis que el sexo fuera un correlato significativo para con las percepciones de incivismo o las conductas desviadas, vamos a centrarnos en los correlatos creencia y edad en la Tabla 6.

Tabla 6. *Diferencias entre las medias de las percepciones de Semana Santa entre creyentes y no creyentes.*

Percepciones Semana Santa	**Valor t**
Igualdad	$t\,(265) = 5{,}76,\ p < 0{,}001$
Restricciones	$t\,(265) = 2,\ 26,\ p < 0{,}05$
Evento Tipo	$t\,(265) = 4{,}41,\ p < 0{,}001$
Sentimientos	$t\,(265) = 13,\ 59,\ p < 0{,}001$

Fuente: Elaboración propia.

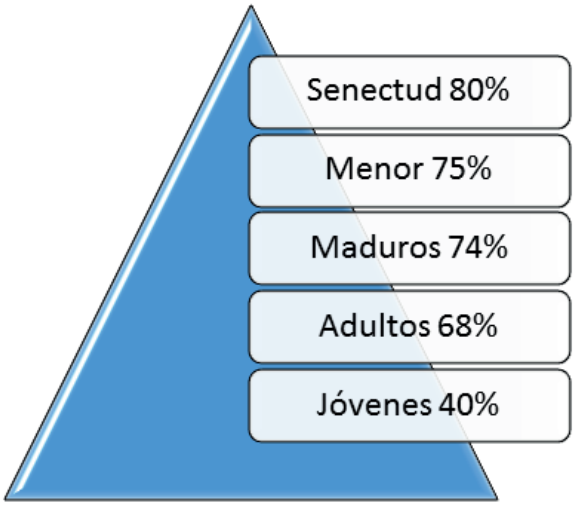
De esta forma, obtendremos que la diferencia de medias con significación estadística más notoria se daría entre creencia y sentimientos profundos al presenciar una procesión (M creyentes= 4,38, *n*= 185; M no creyentes = 2,29, *n* = 82). De ello podremos extraer que si bien entre los creyentes se ha puntuado más alto el hecho de sumergirse en un trance al ver sus procesiones, ello no impide que aquel que no se declara religioso lo haga de igual forma. Por ende, podríamos abogar que estamos ante un evento místico que logra penetrar en la cartografía mental de los sujetos y aunarlos mediante su simbolismo. Otro dato a tener en cuenta relacionado con la creencia es que aquellos individuos que se declaran creyentes perciben el evento de Semana Santa como más igualitario

Centrándonos ahora en el factor edad, podemos observar cómo la misma no resulta significativa en cuanto al visionado de conductas incívicas desde una perspectiva cuantitativa [$X2$ (4, N =260) = 1,73, p >0,05] e incluso tampoco resultará un factor importante en cuanto a la percepción de la frecuencia de las mismas tras llevar a cabo un ANOVA [F(4,223)=1,31; p > 0,05]. Con respecto a la frecuencia de percepción de conductas incívicas M= 3,36; DT=1,1; mientras que las medias segregadas por grupos de edades son bastante similares (entre M=3,28 y M= 3,60).

En cuanto al visionado de diferentes conductas incívicas entre grupos de edad, ninguna de las distribuciones resultó significativa, a pesar de que, por regla general, jóvenes y adultos parecen haber visto más estas conductas que los otros grupos de edad. Existe una excepción: el visionado de robos. En este caso [$X2$ (4, N =260) = 12,02, p < 0,05] siendo el más alto de entre los grupos de edad el porcentaje de adultos que sí han visto robos (13, 5 %) mientras que el porcentaje de jóvenes que no han visto robos (24, 6%) es el más alto de entre todos los grupos de edad.

Al comparar el grado de creencias entre estos los grupos de edad (Gráfico 1) encontramos lo siguiente:

Gráfico 1. Porcentaje de creyentes católicos según grupo de edad.



Fuente: Elaboración propia.

Por último, es necesario hablar de las correlaciones entre diferentes percepciones evaluadas en el cuestionario. Como se puede observar en la Tabla 7 todas las percepciones sobre Semana Santa son correlativas, ofreciendo una matriz fiable. Siendo la correlación más alta (r=0, 45, p< 0,001) la que se produce entre las afirmaciones "En Semana Santa todos somos iguales, no hay diferen-

cias entre ricos y pobres" y "Puedo ver las procesiones sin restricciones por toda la ciudad, desde la parroquia a la carrera oficial". La segunda más alta (r= 0, 39, p <0,001) entre "Semana Santa es un evento cultural y festivo, pero sobre todo religioso" y "En Semana Santa todos somos iguales, no hay diferencias entre ricos y pobres". Lo que parece enfatizar la percepción de que Semana Santa es un evento religioso que erosiona las barreras de clase. Sin embargo, esta percepción podría ser meramente cosmética:

Los *homeless* se encuentran presentes en la zona fluvial, pero parece efecto de una "doble gentrificación" en tanto que no están en la zona del parque de los Perdigones ni en los aledaños de la basílica de la Macarena. Parece confirmarse que hay un desplazamiento del colectivo, víctima de la festividad y la "limpieza" urbanística. [Nota de Campo Antonio].

Tabla 7. *Correlaciones entre percepciones de Semana Santa.*

		Igualdad	Restricciones	Evento Tipo	Sentimientos
Igualdad	Correlación de Pearson	1	,449**	,385**	,259**
	Sig. (bilateral)		,000	,000	,000
	N	267	267	267	267
Restricciones	Correlación de Pearson	,449**	1	,226**	,152*
	Sig. (bilateral)	,000		,000	,013
	N	267	267	267	267
Evento Tipo	Correlación de Pearson	,385**	,226**	1	,332**
	Sig. (bilateral)	,000	,000		,000
	N	267	267	267	267
Sentimientos	Correlación de Pearson	,259**	,152*	,332**	1
	Sig. (bilateral)	,000	,013	,000	
	N	267	267	267	267
**. La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).					
*. La correlación es significante al nivel 0,05 (bilateral).					

Fuente: Elaboración propia mediante SPSS.

XI. Catedrales del techno desenfrenado. Desviación, pertenencias simbólicas y *modus vivendi* en los *raves*

Pudimos observar el ritual litúrgico del *rave* desde diferentes planos. Se hizo notoria la presencia del clasismo, solo que la misma se desdibujaba según el escenario; a medida que este era más comercial o más alternativo el efecto gentrificador divergía.

Nadie baila en los privados [...] Parece que bailar es algo para la chusma, ellos solo beben y controlan, desde su privilegiada situación, el cotarro [...] El impacto del hipernarcisismo *cyborg* parece exacerbarse en la zona VIP. De hecho, parecía que cuando la pantalla se encendía el grupo alrededor sobreactuaba y comenzaba a bailar enseñando sus pulseras para dejar de hacerlo una vez la grabación cesaba. Disfrutaban más por el hecho de grabarlo y la motivación, por ende, no era inmortalizar lo bien que se lo pasaban, sino grabar para pasárselo bien; algo irónico. [Nota de Campo Antonio].

No hay reservados, la sensación de comunidad es mayor aquí, más amplia y tolerante con la otredad [...] Una pareja ha traído un juguete fulgurante e hipnótico que lo tiran al aire y lo vuelven a coger jugando con la gente. La explosión sensorial se da a todos los niveles y parece que el *background* realiza un efecto catalizador más potente. Realmente se respira un ambiente de tribu. [Nota de Campo Antonio].

La distribución en el espacio también obedecía a microesferas y podíamos observar cómo había zonas de consumo, zonas de trance y zonas de descanso a la par que la muestra se agrupaba según sexo y afiliación tribal en las salas más comerciales y de forma aleatoria e introspectiva en las menos. El culto al DJ era absoluto en todos los campos de estudio, así como en las propias entrevistas.

Las conductas incívicas y/o delictivas provenían en su mayor parte del consumo de sustancias, un ritual previo al trance. Ya fuera MDMA, cocaína, cannabis, alcohol o la mezcla de todas ellas imbuyen al sujeto en un trance "muy mágico muy ritual muy religioso" (Radical Redemption), "inefable" (Manu), en la que el individuo se funde consigo mismo, el entorno y el resto de la tribu:

Es amor, quieres a los demás, sientes esa ternura, estás compasivo, estás amoroso. (Radical Redemption).

El *speed* es como el Jesucristo de las Rave, cuando estás hecho polvo es el que te salva un poco. (Kanela)

4.3. El Santo Entierro entre flashes cerúleos. La uniformidad estructural de las festividades.

Encontramos una serie de narrativas sobre las raves que parece dotarlas de un poder litúrgico y acercarlas a una Teología:

Amor incondicional: especialmente drogas como el MDMA producen que los *ravers* experimenten sentimientos de amor puro "Sientes mucho amor, muchísimo" (DubMad), pues "el M [MDMA] te lleva al cielo, prácticamente, que te pone más amable, más abierto" (Marte).

Yo he llegado a llorar, estar llorando sin ningún motivo por el... súper existencialista ¿sabes?... Y cuando estoy muy bien es una de "¿Qué tal?" con todo el mundo, "te quiero", "muchas gracias por estar aquí, por existir, tener esta forma". (DubMad).

También "es máxima felicidad" (Radical Redemption), incluso "emoción, lágrimas, satisfacción, como el mejor momento de tu vida, como si estuvieras iluminado, un silencio mental indescriptible" (Radical Redemption). Aunque después puede producir una sensación contraria, el "*Tuesday Blues*" (Manu): es como si tu cuerpo se estropease en dos o tres días y entonces en esos momentos te sientes muy triste, inexplicablemente triste, te puede dar pena una palabra. (Manu).

Trascendencia (Trance): el *rave*, en su mezcla de música electrónica, drogas, alcohol y colectividad supone un ritual posthumano en el que experimentar una trascendencia inusitada y un escape de la cotidianeidad. Al respecto, Kanela habla de las cualidades de la música:

Sí lo que suele tener como en la música, suele estar en unos hercios de cuatro, tres, dos, cuatrocientos treinta-y-dos, que suele ser como las ondas de la naturaleza y cosas así, que antes la música fue cambiada hace mucho a uno de cuatrocientos cuarenta o algo así, así que algunos comparten ese pensamiento de que la música te libera más todavía. Te permite entrar en ese trance de conciencia aunque estés puesto ¿no? (Kanela).

Comunión (Tribu): El sentimiento colectivo queda muy presente "no solo es música electrónica. Si todo tiene sus orígenes en las tribus" (Kanela). Kanela verbaliza la narrativa de comunión a través de la idea de "sufrimiento compartido" (Kanela), un escape de la vida diaria, problemas económicos y familiares, a lo que se suma que los organizadores de los *raves* reciben el nombre de "colectivos" (Kanela). Según Radical Redemption "esa magia religiosa de la unidad, todos unidos a una sola cosa no es Dios, pero es la música, es un nexo vinculante", en esa experiencia "te fundes con la música y la luz, no hay parloteo mental ni problemas, todo es luz y color, fantasía, y tú estás fundido, eres parte de todo los demás" (Radical Redemption).

Como elementos discordantes entre la filosofía de *raves* y festividades religiosas podríamos indicar:

Antidramaturgia: ese carnaval sin máscaras es una anti-apoteosis (acercamiento a la divinidad como acto de feroz humanismo) en la que los seres humanos se contemplan desde las emociones. Kanela se refiere a "escudos" en las dinámicas sociales que los *raves* permiten dejar de lado, pudiendo ser "un poco más humano, más real" (Kanela). Marte pone de manifiesto la capacidad del éxtasis de permitirle descubrir esa mascarada ya que "cuando sales de noche no eres una persona real, es lo que intentas proyectar tú, es lo que te gustaría ser" (Marte). A pesar de todo lo anterior, la dramaturgia sigue presente en *raves*.

Rebelión libertaria y contracultura: en oposición a la industria del consumo y del entretenimiento y su esclavitud; libertad a la hora de bailar o de actuar. No se ha constatado la existencia de un manifiesto *rave* como tal (Kanela, DubMad), pero sí una serie de normas tácitas orientadas a la paz, la limpieza y la mencionada libertad (Kanela), cuya máxima expresión en muchos casos, puede encontrarse en el baile:

DubMad: Muchísimo. La gente baila un montón. Bailan, además es música muy bailable, son ritmos de tum pa, tum pa, tum pa, tum pa. Eso te mueve el cuerpo, también por ejemplo te pueden poner *Psytrance* takatá, takatá, takatá, takatá; es muy bailable. Puedes bailarlo de muchas maneras posibles, no hay reglas como... ¿sabes?

Jorge: Que conste que el entrevistado está bailando

A pesar de ello, los códigos del hiperindividuo continúan presentes a modo de postureo, "la gente se viste como si el final del mundo, como si Mad Max" (Kanela). Reconociendo Kanela que sigue existiendo en *raves* postureo en redes sociales, aunque con cierta predilección por Facebook (Kanela, DubMad). Desde un acercamiento más contracultural, en los *raves* "se suele ver gente más por fuera de la sociedad" (Kanela). Entre Kanela, Marte y DubMad podría realizarse la siguiente taxonomía de usuarios de *raves:*

Punkis

Perroflautas

Hippies

Canis

En cuanto a las *mores* y costumbres. Si bien es cierto que la convivencia se plantea como idílica, en algunos casos se producen disfunciones en los códigos que pueden resultar en violencia. Según DubMad y Kanela, se genera una cierta tensión entre los que han adquirido la dramaturgia de los *raves*, los usuarios más eventuales y las diferentes subculturas.

Por lo general, existe un alto sentimiento de seguridad y una baja percepción del riesgo y del delito. Algunos de los entrevistados reconocen haber observado o haberse visto involucrados en violencia en contextos de ocio nocturno generalista o incluso haber observado tocamientos o sexo en público (Manu, Radical Redemption, Marte, Ragnar) pues "ese sitio está lleno de tíos con la testosterona hasta arriba, borrachos o puestos y tal" (Ragnar) por lo que "te entran sí o sí, y vienen y alguna le tocan el culo" (Ragnar). Por otra parte, DubMad y Kanela hacen especial hincapié en la ausencia de actitudes machistas en *raves*, "las chicas que vienen allí suelen estar más hasta la polla del machismo que hay en las discotecas" (Kanela). Aunque el propio Kanela reconoce que cuanto más secreto sea el *rave*, más alejado de peleas y de machismo. En los *raves* "sí, claro que se folla" (DubMad), aunque es complicado encontrar "a nadie que haya dicho "yo me voy de *rave* porque quiero follar"" (Kanela). Sin embargo, en fiestas generalistas, en una zona de ocio estival, Ragnar ha llegado a contemplar "mamadas, follar debajo de la espuma o lo que sea". Marte expresa que existen "sexualidades alternativas" en los *raves*, mencionando "mucha homosexualidad y mucho poliamor".

Finalmente, en relación con la prevención y la intervención parece que la policía no juega un papel fundamental, sino más bien un antagonista en guerra fría. Radical Redemption habla de rezar "para que no venga la policía municipal atraídos por nuestra música". DubMad, entron-

cado con la filosofía del respeto comunitario *rave* advierte que:

Son lugares que, que estén un poco escondidos de lo que es la mano de la policía ¿no? Son lugares donde no molestes a la gente, porque también es importante, yo creo que también se enfoca desde un respeto también a las personas. (DubMad).

Esta paz armada con la policía lleva a agudizar la creatividad de los "genios del mal" (Marte).

lo hicieron boca a boca para que la policía no pudiera pillarlos. Cogieron una estación de aquí de [CONFIDENCIAL] que está en desuso, sí, se ve en los periódicos y todo y montaron una rave [sic] improvisada. Además, que pusieron los altavoces, pusieron un mp3 con la música todo conectado a la luz de forma ilegal sin que hubiera nadie al cargo para que no pudieran enjuiciarlos y de boca a boca "oye que hay fiesta", abrieron la entrada del metro y se montó una rave [sic] ahí en el metro, claro, hasta que llegó la policía. (Marte).

Parece ser, desde el posicionamiento de Kanela, que todo esto se debe a la juventud y desconocimiento de la cultura *rave* en España. A pesar de ello, Kanela reconoce respeto a la labor policial, especialmente porque "ponen controles fuera que está bien".

XII. Conclusiones

A lo largo de este escrito hemos podido presenciar cómo el capitalismo ha homogeneizado las estructuras culturales, originando festividades cuasi idénticas, siendo sus orígenes y valores muy dispares. De lo planteado en la Tabla 1, encontramos que estas no son tales ya que fuerzas y valores mercadotécnicos han permeado ambos eventos orientándoles hacia una construcción más hedonista y clasista de lo que cabría esperar. Tanto es así que, aunque en diferente prevalencia, podemos presenciar una gama de categorías desviadas y/o delictivas muy similares en los escenarios estudiados; algo que parece obedecer al hiperhedonismo. Hemos logrado satisfacer las preguntas de investigación y objetivos del estudio, ya que pudimos ver el reflejo del clasismo tanto en *raves* como en Semana Santa (OG1, OE1); los códigos de conducta, vestimenta, filosofía, etc. en cada uno de estos escenarios que servían como criterio unificador/tribalístico u otrificador/gentrificador generando diferentes esferas de realidad en un mismo contexto (OG2, OE2); y las conductas delictivas y desviadas que en cada escenario se producían, y la neutralización de las mismas (OG3, OE3).

Las amplitudes que muestra este estudio son: Por una parte, tras estudiar el impacto capitalista en la estructura de la festividad, en su ideología y prácticas, se abre la veda para el estudio pormenorizado de impacto de dicho sistema en otras instancias socioculturales. La homogeneidad demostrada nos permitirá generar estrategias preventivas de similar aplicación en escenarios tan, *a priori*, dispares como los que hemos estudiado. A nivel metodológico, los *mixed methods* se muestran como una herramienta útil para el estudio de fenómenos sociales y criminológicos, algo que deberemos seguir aplicando para obtener unos mejores resultados en nuestras investigaciones. A nivel teórico, hemos de mencionar que la Criminología Cultural resulta eficaz para escapar a la beligerancia de la mera numerología tan fagocitada por la lógica consumista del capitalismo y su flujo mercadotécnico. Esta corriente se ha demostrado no solo útil en este caso, sino proyectable a un abanico de fenómenos urbanos; como ya viene proponiendo el Ultra Realismo criminológico.

El ser humano ha trascendido líquido, hiperhedonista y narciso. Es por ello que, manejados cual autómatas por las estructuras de mercado capitalistas, han generado una nueva ideología y perspectiva vital impregnada de todos esos valores neoliberales que se centran en el consumo, la obsolescencia, lo *trending* y el placer. Surgen la desviación y los delitos brocados en un carnaval en el que las diferencias de clases desaparecen en muchas de las actividades criminales, mientras que en otras parecen mantenerse vigentes; alejándose de las posibles explicaciones de las teorías criminológicas estáticas y de los meros estadísticos, y abriéndose la veda a una nueva generación metodológica y teórica dentro de la Criminología en España.

XIII. Referencias

AGUILAR, J. (2003). "Una exploración antropológica a la ceremonia de la 'marcha' en

Tarragona. Crónica de una pasión", *Gazeta de Antropología,* 19, art. 27.

BAUMAN, Z. (2016). "Modernidad Líquida". Fondo de Cultura Económica de España, Madrid.

BECK, U. (2006). "La sociedad del riesgo". Paidós, Madrid.

BECKER, H. (1997). "Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance". Paperback, Chicago.

BRIONES, R. (1983). "La Semana Santa", *Gazeta de Antropología,* 2, art. 1.

BRIONES, R. (1993). "La experiencia simbólica de la Semana Santa. Funcionamiento y utilidad", *Gazeta de Antropología,* 10, art. 7.

COHEN, S. (2002). "Folk devils and moral panics". Routledge, London.

CRESWELL, J. (2015). "A concise Introduction to Mixed Methods Research". Sage, New York.

DIARIO DE SEVILLA. (7 abril, 2017). "La hostelería prevé "cuadruplicar" las ventas en Semana Santa". *El Diario de Sevilla*. Disponible en: http://www.diariodesevilla.es/sevilla/hosteleria-cuadruplicar-ventas-Semana-Santa_0_1125188144.html

Ecodiario.es. (24 marzo, 2016). ¿Cuánto cuesta ser cofrade? El precio de la devoción por la Semana Santa. Ecodiario. Disponible en http://ecodiario.eleconomista.es/sociedad/noticias/7438370/03/16/Cuanto-cuesta-ser-cofrade-El-precio-de-la-devocion-por-la-Semana-Santa-.html

ESTEFANÍA, J. (2011). "La economía del miedo". Galaxia Gutenberg, Madrid.

FERRELL, J., HAYWARD, K. J. y YOUNG, J. (2015). "Cultural criminology: an invitation", Sage, Los Angeles, 2ª ed.

FOCÁS, B. (2015). "Miedo al delito: los medios de comunicación, ¿una dimensión explicativa?", *Apuntes de Investigación del CECYP,* nro. 26.

FOUCAULT, M. (2010). "El cuerpo utópico. Las heterotopías". Nueva Visión, Buenos Aires.

FREIXA, C. y PALLARÈS, J. (1998). "Boîtes, clubs, raves: metamorfosis de la festa juvenil", *Revista d'Etnología de Catalunya,* 13: 88-103.

GAMELLA, J., ÁLVAREZ, A. y ROMO, N. (1997). "La 'fiesta' y el 'éxtasis' drogas de síntesis y nuevas cultures juveniles", *Estudios de Juventud,* 40: 17-36.

GOFFMAN, E. (2013). "La presentación de la persona en la vida cotidiana". Amorrortu, Madrid.

HAYWARD, K. y YOUNG, J. (2008). "Cultural Criminology". Sage, London.

HELEN, E. (1992). "Out of sight, out of mind: An analysis of Rave culture". Wimbledon School of Arts, London.

LACAN, J. (2013). "Escritos 1". Siglo XXI, Madrid.

LIPOVETSKY, G. (2015). "La era del vacío". Alianza, Madrid.

MATUS, C. (2004). "El cuerpo extasiado: experiencia y percepción del cuerpo en usuarios de MDMA en el contexto de la 'Cultura Electrónica' de la Ciudad de Santiago de Chile". V Congreso Chileno de Antropología, San Felipe.

MATZA, D. y SYKES, G. (1971). "Juvenil Delinquency and Subterranean Values", *American Sociological Review,* 26: 712-719.

MÍGUEZ, H. (2007). "Observaciones sobre el uso de drogas y el encuentro rave". Disponible en www.hugomiguez.com.ar/1rave/rave.pdf

MOGUER, M. (14 abril, 2017). "Carreras y avalanchas en la Madrugada de la Semana Santa de Sevilla 2017". ABC versión digital. Disponible en https://sevilla.abc.es/pasionensevilla/actualidad/noticias/carreras-avalanchas-la-madrugada-tres-detenidos-110974-1492145903.html

MONTENEGRO, L. (2003). "Moda y baile en el mundo rave. Sobre el concepto de mímesis en el estudio de las identidades juveniles", Tabula Rasa, 1:125-152.

MORENO, I. (1997). "Los rituales festivos religiosos andaluces en la contemporaneidad". I

Jornadas de Religiosidad Popular: La Semana Santa, Almería.

MUÑOZ, J. (2017). "Karma, Dios y fortuna: ¿la nueva justicia? La realización del ideal de justicia a través de la superstición", *Criminología y Justicia Refurbished,* 2 : 1-36.

NAGY, S. y BURKE, R. (2015). "The Oxford Handbook of Multimethod and Mixed Methods Research Inquiry". Oxford University Press, Oxford.

NIETZSCHE, F. (2011). "Así habló Zaratustra". Alianza, Madrid.

PEREIRA, M. J. (14 abril, 2017). "Los detenidos por las avalanchas de la Madrugada 2017 vociferaban 'Gora ETA' y 'Alá es grande'". ABC versión digital. Disponible en https://sevilla.abc.es/pasionensevilla/actualidad/noticias/los-detenidos-las-avalanchas-la-madrugada-2017-vociferaban-consignas-favor-ala-eta-111129-1492190809.html

PRESDEE, M. (2000). "Cultural Criminology and the Carnival of Crime". Routledge, London.

REYNOLDS, S. (2006). "Prefacio, en Una historia de la música electrónica (editado por Blánquez J. y Morera, O.)". Mondadori, Barcelona.

RODRÍGUEZ, B. (3 marzo, 2017). "A la caza de una silla para la Semana Santa andaluza: cuánto cuestan y cómo se consiguen". 20 minutos. Disponible en https://www.20minutos.es/noticia/2974351/0/sillas-semana-santa-2017-andalucia-cuanto-cuestan/

RODRÍGUEZ, C. (14 abril, 2017). "Otra vez el pánico y las carreras en la Madrugá de Sevilla". El Mundo versión digital. https://www.elmundo.es/andalucia/2017/04/14/58f08b2eca4741655b8b460e.html

RODRÍGUEZ, S. (2008). "La Semana Santa de Andalucía: algo más que una manifestación religiosa". Congreso Latinoamericano de Religiosidad Popular: La Semana Santa, 15 octubre, Valladolid.

SALAZAR, R. (2009). "La nueva estrategia de control social. Miedo en los medios y terror en los espacios emergentes". XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires.

SEIJAS, A. (2013). "Espiritualidad y música popular: Las Raves en Reino Unido". Universidad de Oviedo, Oviedo.

SUMMER, W. (1906). "Folkways". Ginn & Co., Boston.

SYKES G. y MATZA, D. (1957). "Techniques of neutralization: A theory of delinquency", *American Sociological Review,* 22 : 664-670.

TAVARES, T. (2009). "Uma interpretação semiótica de raves como expressões culturais dotadas de ordem e caos". XI Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, 14 mayo, Teresina.

Validación psicométrica de la escala de valoración de riesgo de violencia en adolescentes

Rolando Granados Muñoz (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. Metodología.— IV. Fase Validación psicométrica.— V. Participantes.— VI. Procedimiento.— VII. Resultados.— VIII. Discusión.— IX. Referencias.

I. Resumen

El estudio de los factores de riesgo en las distintas áreas del desarrollo de los adolescentes permite identificar, valorar y atender las causas de la violencia para su consecuente intervención. Con intención de abundar en la predicción de la conducta mediante el reconocimiento del riesgo de violencia se elaboró la Escala de Valoración del Riesgo de Violencia en Adolescentes (EVRVA). El objetivo consistió en determinar las características psicométricas de la EVRVA para establecer un instrumento de medición del comportamiento violento que sea de utilidad en diferentes contextos donde existan implicaciones criminológicas. Participaron 565 adolescentes de tres ciudades distintas del estado de Guanajuato. A través de los análisis de discriminación de ítems, consistencia interna y análisis factorial, como resultado se obtuvo la escala compuesta por 25 ítems, con un Alpha de Cronbach de a=.836, la cual se agrupa en seis factores los cuales hacen alusión a un autoconcepto negativo, violencia proactiva o instrumental, carencia de autocontrol, violencia reactiva, violencia verbal y rasgos de autolesión.

II. Introducción

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2016) establece que anualmente se cometen en todo el mundo 200.000 homicidios entre jóvenes de 10 a 29 años, esto constituye el 43% del total mundial por año del delito de homicidio. La misma organización describe que cuando las lesiones no son mortales, las repercusiones afectan la vida de los jóvenes porque perduran en el funcionamiento físico, psicológico y social de una persona. Esto cobra costos en materia sanitaria, social y judicial, a su vez, reduce la productividad y abona a la devaluación de los bienes. Por otra parte, datos del INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2016) indican que la cifra en México de ingresos y egresos por conductas antisociales cometidas por adolescentes y asociadas a delitos del fuero común en centros de tratamiento o internamiento estatales rondan cerca de los 8 000 por año. En Guanajuato se reportan 131 adolescentes en tratamiento en un rango de edad de los 14 a los 18 años. Para poder dar tratamiento y atención a la conducta antisocial juvenil, en el Estado se establecen recursos humanos en un total de 165 y eso solamente contando 10 directivos, administrativo y/u operacional; 29 para equipo técnico o de operación; 93 de custodios y/o vigilantes, además de 33 como personal de apoyo.

Las respuestas a problemáticas de interés criminológico como las anteriores pueden ser atendidas desde la prevención; entonces se requiere conocer anticipadamente la probable ocurrencia del comportamiento antisocial y disponer de los medios para evitar que suceda

(*) Lic. Rolando Granados Muñoz. Universidad de Guanajuato. r.granadosmunoz@ugto.mx. México.

(RODRÍGUEZ, 1989); pero prevenir induce a una reestructuración del conocimiento acerca del delito, sus causas y su conjugación donde la demanda y el reclamo llegan a los profesionales para exigir acciones efectivas que eviten la violencia y la reincidencia en agresores ya identificados (ANDRÉS-PUEYO, 2017; AYOS, 2014). Bajo esta perspectiva se propone el estudio de la violencia dando énfasis en el enfoque de la criminología clínica, HIKAL (2009) y RODRÍGUEZ (2012) la describen como el estudio individual de los distintos aspectos del ser humano en relación con su estructura bio-psico-social, basándose en los factores vinculados a la conducta antisocial a través de un diagnóstico y tratamiento. Su estudio versa en el índice de peligrosidad permitiendo inferir en la probable reincidencia del criminal, por tanto, es exclusiva del ámbito penitenciario.

Sin embargo, se habla del desarrollo de nuevas técnicas para predecir la conducta violenta y su valoración a través de la conceptualización de riesgo de violencia y no de peligrosidad (ANDRÉS-PUEYO y ECHEBURÚA, 2010; BENAVIDES-GÉLVEZ, ESCOBAR-CÓRDOBA y MOLINA-OJEDA, 2014; ANDRÉS-PUEYO y REDONDO, 2007). El riesgo de violencia es considerado por Arbach-Lucioni *et al.* (2015) como "un procedimiento técnico para estimar la probabilidad de aparición futura de conducta violenta asumiendo unas condiciones determinadas" (p. 358). Para el estudio del riesgo de violencia en la conducta criminal se encuentran involucrados los factores de riesgo (ANDRÉS-PUEYO y ECHEBURÚA, 2010; CONDE, 2018; ESBEC y FERNÁNDEZ, 2003; MUÑOZ y LÓPEZ-OSSORIO, 2016; NEGREDO, MELIS y HERRERO, 2015; REDONDO, PÉREZ y MARTÍNEZ, 2007). Esto tiene sustento en que, durante las etapas vitales del crecimiento del ser humano, algunos jóvenes realizan conductas violentas de manera estacional por la presencia de estos factores, muchos de ellos las abandonan naturalmente, otros continúan y persisten (FARRINGTON, 1992; REDONDO y ANDRÉS-PUEYO, 2007; VÁSQUEZ, 2003). Para el estudio de los factores de riesgo, REDONDO y ANDRÉS-PUEYO (2007) infieren en la relevancia de la criminología del desarrollo o teoría de las carreras delictivas, ya que se analiza la relación que guardan con el inicio y el mantenimiento de la actividad criminal factores o predictores del riesgo. Ello aunado a la interacción de variables biológicas influenciada por aspectos psicosociales y del aprendizaje (ALCÁZAR-CÓRCOLES, VERDEJO-GARCÍA y BOUSO-SÁIZ, 2016).

En la medición del riesgo se han utilizado algunas herramientas en investigación las cuales se muestran en la tabla 1 retomando datos de SEISDEDOS (2001) y de la validación que presenta Centros de Integración Juvenil (2008).

Tabla 1. *Instrumentos para medir la conducta de riesgo*

Instrumento	Objetivo	Contenido	Respuesta
Cuestionario de Conductas Antisociales-Delictivas (A-D).	Medir la existencia de conductas antisociales y delictivas.	Dos divisiones de 20 reactivos, una de conductas antisociales y otra de conductas delictivas; su duración aproximada es de 10 a 15 minutos, pudiendo emplearse en niños y jóvenes.	Las puntuaciones son de 0 (*No*) y 1 (*Sí*).
Cuestionario de Tamizaje de Problemas en Adolescentes (POSIT por sus siglas en inglés).	La evaluación diagnóstica del riesgo a sustancias adictivas.	Adaptación de 81 reactivos agrupados en siete áreas de la vida cotidiana como es el uso/ abuso de sustancias, salud mental, relaciones familiares, relaciones con amigos, nivel educativo, interés laboral, conducta agresiva/ delictiva.	Respuesta dicotómica de 0 (*No*) y 1 (*Sí*). En el puntaje global, entre mayor sea la calificación obtenida por el individuo, mayor es el riesgo, más de 21 puntos es un riesgo considerable.

Fuente: Elaboración propia.

Desde las matices clínicas, existe un instrumento muy relevante desde la psicometría a la conducta delictiva, la Escala de Respuesta Individual Criminológica (ERIC) evalúa y diagnostica objetivamente la peligrosidad, está basada en la teoría de la personalidad criminal, al iniciar con un estudio de carácter exploratorio, en el que se llevaron a cabo análisis ex post facto, de corte transversal con la modalidad test-retest; para determinar las propiedades psicométricas se llevó a cabo análisis de reactivos, correlación, consistencia interna, factorial y regresión; los componentes de la escala fueron agresividad, egocentrismo, indiferencia afectiva, tendencias antisociales, adaptabilidad social, labilidad afectiva e identificación criminal; con reactivos positivos y negativos, tipo Likert de 1 (*nunca*) a 4 (*siempre*), el análisis de consistencia interna refleja un Alfa de Cronbach de a=.93 (CHARGOY, 1999).

En el contexto forense y de las cuales no se encontró validación para población mexicana, hay instrumentos de valoración del riesgo de violencia como el HCR-20 (*Assessing Risk for Violence*), una escala de chequeo, compuesta de 20 ítems de naturaleza histórica, clínica y a futuro, el rango de puntuación va de 0 a 40, obtener más de 25 puntos anticipa alto riesgo de violencia (ANDRÉS-PUEYO y ECHEBURÚA, 2010; ANDRÉS-PUEYO y REDONDO, 2007; ARBACH y ANDRÉS-PUEYO, 2007; BENAVIDES-GÉLVEZ, ESCOBAR-CÓRDOBA y MOLINA-OJEDA, 2014; ESBEC y FERNÁNDEZ, 2003; FOLINO y ESCOBAR, 2004; WEBSTER, HILTERMAN y ANDRÉS-PUEYO, 1997; VITACCO, TABERNIK, ZAVODNI, BAILEY y WAGGONER, 2016). Un instrumento que evalúa la violencia juvenil es el SAVRY (*Structured Assessment of Violence Risk in Youth*) el cual valora el riesgo de violencia física, sexual y amenazas graves en pacientes mentales y delincuentes jóvenes de 14 a 18 años en un contexto forense o judicial, contiene 30 ítems agrupados en cuatro categorías: históricos, sociales, individuales y de protección (ANDRÉS-PUEYO y ECHEBURÚA, 2010; ANDRÉS-PUEYO y REDONDO, 2007; BENAVIDES-GÉLVEZ, ESCOBAR-CÓRDOBA y MOLINA-OJEDA, 2014).

Desde la perspectiva psicológica el *Minnesota Multiphasic Personality Inventory-2 (MMPI-2)* también suele ser usado como una técnica de contribución a la predicción del riesgo de violencia (AMPUDIA, SÁNCHEZ y JIMÉNEZ, 2018; ESBEC y FERNÁNDEZ, 2003). La aplicación para estos últimos sugiere que las personas estén especializadas en la materia y además conlleva tiempo en explorar a fondo los factores.

Retomando las ideas de los cambios en la evaluación de la peligrosidad y la frecuente manifestación del riesgo en los eventos antisociales, en esa dirección se ha estructurado en el presente trabajo una escala que evalúa la probable manifestación de conductas violentas desarrollada en dos fases: una de redes semánticas y otra de validación psicométrica con el objetivo de determinar sus características de validez y confiabilidad las cuales se describen a continuación.

III. Metodología

III.1. Fase Redes semánticas naturales

La muestra estuvo conformada por 55 estudiantes de nivel medio superior (preparatoria) de escuela privada, de sexo masculino y femenino, la mayoría de tercer grado. En un primer momento se emplearon redes semánticas naturales modificadas (REYES, 1993) a través de tres estímulos: *Una persona violenta realiza…*, *los jóvenes pueden llegar a ser violentos por…* y *si no quiero ser violento debo…* De estos se obtuvieron los resultados presentados en la tabla 2, es decir 15 definidoras, el núcleo de red y peso semántico. Esta técnica permitió conocer el leguaje que utilizan los adolescentes al designar la violencia, lo cual fue utilizado en la generación de los reactivos para estructurar la escala y pasar a la fase de validación psicométrica.

Tabla 2. *Características de los estímulos empleados en redes semánticas naturales modificadas*

Estímulo	Definidoras	Porcentaje	Peso Semántico
Una persona violenta realiza…	Golpes	100	250
	Maltrato	70	176
	Peleas	64	160
	Bullying	56	140
	Insultos	52	130
Los jóvenes pueden llegar a ser violentos por…	Familia	100	242
	Drogas	53	128
	Bullying	48	116
	Falta de atención	43	104
	Amistades	42	102
	Problemas	35	86
	Maltrato	31	76
Si no quiero ser violento debo…	Respetar	100	252
	Controlarme	63	158
	Tolerante	47	118
	Tranquilizarme	33	84
	Amable	33	84

Fuente: Elaboración propia

IV. Fase Validación psicométrica

Para establecer el plan de prueba se retomaron las definiciones de factor de riesgo y violencia de la OMS (2011, 2016) describiendo los primeros como un rasgo, característica o exposición que aumentan la probabilidad de daño en un individuo; en cuanto a la violencia es "el uso intencional de la fuerza física, amenazas contra uno mismo, otra persona, un grupo o una comunidad que tiene como consecuencia o es muy probable que tenga como consecuencia un traumatismo, daños psicológicos, problemas de desarrollo o la muerte" (párr. 1).

Como resultado se diseñó la EVRVA (Escala de Valoración del Riesgo de Violencia en Adolescentes) compuesta en su primer versión de 30 reactivos tipo Likert con cuatro opciones de respuesta para evaluar la frecuencia con que los participantes realizaban determinadas conductas, donde 1 equivale a ninguna vez (*Nunca*), el 2 a son más las veces que no se hace que las que sí (*Raramente*), el 3 a son más las veces que se hace que las que no (*Frecuentemente*) y el 4 a realizarse repetidamente (*Siempre*). Las características de los reactivos referían violencia física y emocional contra sí mismo o contra otras personas.

El instrumento fue piloteado dos veces antes de la aplicación, en el primer piloteo se atendieron detalles de la estructura, mejora de las instrucciones y la redacción de las preguntas; para el segundo piloteo se atendió a cuestiones de diseño.

V. Participantes

La muestra estuvo representada por 565 estudiantes elegidos a través de un muestreo no probabilístico convencional, donde participaron adolescentes de tres escuelas públicas de nivel secundaria y una privada media superior, las edades van de los 12 a los 18 años con una media de 13.60 y desviación estándar de 1.303. Con relación a la distribución de los participantes por sexo el 54% fueron mujeres y 46% refirieron ser hombres. Los estudiantes pertenecían a tres ciudades diferentes, entre estos el 31% fueron de León, 59% de Irapuato y 10% de Silao. En lo conducente al turno, el 60% pertenecían al matutino y 40% al vespertino.

De los mismos, había 12% que manifestaron haber cometido algún delito, la gran mayoría, es decir 87% indicaron no haber cometido delitos y el 1% no respondió.

VI. Procedimiento

Se estableció contacto con las secundarias de turnos matutino y vespertino para la aplicación del instrumento en los salones de clase de manera grupal, la duración aproximada de respuesta fue de 25 a 30 minutos.

Con los respectivos permisos directivos de las instituciones, se acudió a las escuelas secundarias y a la preparatoria para aplicar la escala. El aplicador les indicó a los estudiantes que contestaran de la manera más honesta posible, otorgando el anonimato y la confidencialidad a sus respuestas, estableciendo datos de identificación como la edad, ciudad, manifestación de algún delito cometido, grado escolar y el sexo. A la escuela se le entregó un reporte sobre los aspectos relevantes de la violencia que viven sin señalar a ningún participante.

El procedimiento llevado a cabo en la presente validación psicométrica se hace tomando como referencia el estudio de REYES y GARCÍA (2014), a continuación, se detallan los análisis realizados:

- Frecuencias, medidas de tendencia central y de dispersión por cada reactivo.

- Poder discriminativo y de direccionalidad de los reactivos a través de la prueba *t de Student y crosstabs*.

- Análisis factorial exploratorio por el método de componentes principales con rotación varimax.

- Análisis de consistencia interna por medio del Alpha de Cronbach por factor y escala total.

VII. Resultados

VII.1. Estructura interna

Se comprobó el poder de discriminación y la direccionalidad en los patrones de respuesta de los 30 ítems.

Se realizó un análisis factorial exploratorio con la muestra total, por el método de componentes principales con rotación varimax. Los factores convergieron en 17 iteraciones, obteniendo seis factores que explican el 45.03% de la varianza. El número de factores se seleccionaron a través del valor propio (*Eigen value*) donde se buscó que todos fueran mayores a 1, por claridad conceptual (ver tabla 2). La medida de adecuación muestral de Kaiser-Meyer-Olkin (KMO) obtuvo un puntaje de.856 que indica una alta adecuación muestral para el análisis factorial.

Tabla 2. *Estructura factorial de la Escala de Valoración del Riesgo de Violencia en Adolescentes*

Ítems	Autoconcepto Negativo	Violencia Proactiva	Carencia de Autocontrol	Violencia Reactiva	Violencia Verbal	Rasgos de Autolesión
Me he reprochado porque no soy como los demás jóvenes.	.723					
Me avergüenzo porque siento que mis hermanos son mejores.	.677					
Sería fácil humillarme por mi baja autoestima.	.669					
Dudo de mis capacidades por la desconfianza de mi familia.	.668					
Me he reprimido por mi mal manejo de la frustración.	.495					
He despreciado los cuidados de mis padres por ser tan estrictos conmigo.	.407					
Quisiera irme de casa de mis padres porque no me permiten tomar mis decisiones.	.410					
Realizaría bromas pesadas a los demás para pasar el rato porque la escuela me fastidia.		.678				
Uso de la tecnología para molestar a mis amigos.		.582				
Grafitearía paredes de mi colonia para expresar mi pertenencia hacia ella.		.549				
Podría lesionar mi cuerpo para no ir a clase.		.496				
Amenazo a los demás cuando estoy molesto.			.646			
Destruí pertenencias ajenas por no controlar mis emociones.			.640			
Intimido a los otros porque cambio de humor bruscamente.			.620			
Cometí actos violentos a los que me rodean por la influencia de los medios de comunicación.			.541			
Sería capaz de robar a alguien por el bienestar familiar.				.756		
Vendería droga ilegal a otros para solucionar los problemas económicos de mi familia.				.651		
Me gustaría tener un arma para poder defenderme de los demás.				.587		
Callo a los demás porque creo tener la razón todo el tiempo.					.649	

Ítems	Autoconcepto Negativo	Violencia Proactiva	Carencia de Autocontrol	Violencia Reactiva	Violencia Verbal	Rasgos de Autolesión
Hice comentarios hirientes a otros por caerme mal.					.579	
Uso malas palabras contra los que me rodean porque me viene de familia.					.479	
Sería menos agresivo con mis palabras hacia los demás si mi familia me cuidara mejor.						.618
He sufrido accidentes a propósito para llamar la atención de mis padres.						.494
Podría difamarme con tal de conseguir lo que quiero.						.482
Me castigo físicamente cuando las cosas no suceden como quiero.						.425
Valor propio (Eigen value)	5.742	2.474	1.489	1.441	1.201	1.162
Varianza explicada	19.14%	27.39%	32.35%	37.15%	41.16%	45.03%

Fuente: Elaboración propia.

Para evaluar la consistencia interna del instrumento se llevó a cabo un análisis con una confiabilidad de la prueba total mediante el Alpha de Cronbach de a=.836 de los 25 ítems. La confiabilidad por factor se muestra en la tabla 3, así como la media de los factores la cual se encuentra por debajo de la media teórica en todos los casos, las más elevadas pertenecen al autoconcepto negativo y violencia verbal según reportan los participantes. En la violencia proactiva y reactiva la media es la misma, es decir que los adolescentes tienden a ser violentos al mismo nivel tanto para conseguir algo que puede ser una ofensa o al emplearla como mecanismo de defensa.

Tabla 3. *Estadísticos descriptivos y consistencia interna por dimensión de la EVRVA*

Factor	Media	Desviación Estándar	Rango	Consistencia Interna
Autoconcepto negativo	1.66	.572	1-4	.735
Violencia proactiva	1.38	.506	1-4	.644
Carencia de autocontrol	1.49	.479	1-4	.590
Violencia reactiva	1.38	.535	1-4	.566
Violencia verbal	1.61	.567	1-4	.483
Rasgos de autolesión	1.41	.468	1-4	.528

Fuente: Elaboración propia.

La Tabla 4 muestra las correlaciones bivariadas de Pearson obtenidas entre los factores de la EVRVA, donde podemos observar que los factores correlacionan positivamente, el factor autoconcepto negativo concuerda con los rasgos de autolesión pues tiene que ver mucho con el individuo; la violencia proactiva y reactiva se relacionan con la carencia de autocontrol porque existe dificultad para modular asertivamente la conducta violenta. En el caso de la correlación baja entre los factores de autoconcepto negativo y violencia reactiva es comprensible asimilando que el primero se enfoca a cuestiones internas y la segunda a lo contextual o exterior.

Tabla 4. *Correlación entre los factores de la EVRVA*

Factor	AN	VP	CA	VR	VV
Autoconcepto Negativo (AN)	--				
Violencia Proactiva (VP)	.216**	--			
Carencia de Autocontrol (CA)	.315**	.404**	--		
Violencia Reactiva (VR)	.184**	.492**	.312**	--	
Violencia Verbal (VV)	.281**	.389**	.357**	.285**	--
Rasgos de Autolesión (RA)	.437**	.330**	.327**	.239**	.330**
** p< .001					

Fuente: Elaboración propia.

Teniendo como limitante el ignorar la denominación de delito formada por los participantes y no tener conocimiento de esa variedad de delitos, se realizó una comparación de grupos, obteniendo en la escala general diferencias estadísticamente significativas entre los que refieren haber cometido delitos (M=1.70) y los que no (M=1.48, t=3.92, p=.000), respecto a los factores (ver tabla 5) a pesar de que la media es mayor en todos los casos puntuando arriba los que han cometido delitos, es evidente que las violencias denotan interesantes diferencias estadísticamente significativas.

Tabla 5. *Comparación de medias entre los adolescentes que han cometido delitos y los que no*

Factor	Han cometido delitos		No han cometido delitos		t
	Media	Desviación Estándar	Media	Desviación Estándar	
Autoconcepto Negativo	1.71	.653	1.65	.561	.757
Violencia Proactiva	1.70	.729	1.34	.452	3.95**
Carencia de Autocontrol	1.67	.548	1.46	.451	2.99*
Violencia Reactiva	1.77	.760	1.33	.475	4.61**
Violencia Verbal	1.84	.652	1.58	.547	3.57**
Rasgos de Autolesión 1.56 .672 1.39 .432 1.97					
** p< .001 * p< .05					

Fuente: Elaboración propia.

VIII. Discusión

Siendo el propósito principal de este estudio determinar las características psicométricas de la EVRVA, de los seis factores, tres de ellos se enfocan a cuestiones de violencia, los otros convergen en la conducta individual; por ejemplo, considerando las relaciones entre autoconcepto y conducta agresiva, se encuentra que los agresivos tienen características como baja autoestima e inestabilidad emocional (TERREGOSA, INGLÉS y GARCÍA-FERNÁNDEZ, 2011), en función de la valorización de los componentes relativos a la autoimagen y la autoestima del autoconcepto (GONZÁLEZ-PIENDA, NUÑEZ, GLEZ.-PUMARIEGA y GARCÍA, 1997) al primer factor se le denominó autoconcepto negativo. Por otra parte, a través del análisis relacional hecho por VELASCO (2012) entre violencia y autocontrol, se asume que este presenta déficits en su desarrollo y es característico en adolescentes agresores especialmente proactivos o instrumentales, esto tiene congruencia de acuerdo con las correlaciones mostradas con anterioridad (ver Tabla 4). En términos de autolesión, la persona atenta contra sí mismo y puede generar daño corporal sin que la finalidad sea el suicidio, donde los riesgos se dan por la edad, impulsividad, baja autoestima, depresión, conflictos interpersonales, etc. (FLETA, 2017; FRÍAS, VÁZQUEZ, DEL REAL, SÁNCHEZ y GINÉ, 2012; SÁNCHEZ, 2017), en concordancia con esta descripción se adaptó el término a rasgos y no precisamente que se esté desarrollando la autolesión.

En lo que se refiere a los términos de violencia reactiva y proactiva o también denominada instrumental, en una investigación sobre el tema se entiende que VELASCO (2013) las asocia como una respuesta ante circunstancias amenazantes en el caso de la violencia reactiva; contrario a la violencia proactiva que se desarrolla con intención y estrategia para alcanzar un objetivo. La violencia verbal está relacionada con el lenguaje, utiliza insultos, amenazas, desprecio hacia las opiniones de los demás y es común la ironía y el sarcasmo (CUERVO y MARTÍNEZ, 2013).

Finalmente, para clarificar sobre la predicción del riesgo, como se mostró en la tabla 5, los resultados indican que la EVRVA permite establecer la discriminación de aquellos adolescentes que han manifestado la comisión de delitos de los que no lo han hecho, esto apoya a fundamentar la idea de que el instrumento realizado puede ser útil en investigaciones criminológicas posteriores con propósitos similares, pero además cumple con la finalidad con la que fue estructurada, identificar a los sujetos que se encuentran en riesgo de ejercer violencia, lo que implica que su uso ha de darse en varios contextos, como en escuelas, zonas con altos índices de violencia, en instituciones penitenciarias, pero sobre todo, al realizar valoración de diagnosis y prognosis permitiendo gestionar objetivamente el riesgo en futuras intervenciones.

IX. Referencias

ALCÁZAR-CÓRCOLES, M. Á., VERDEJO-GARCÍA, A. y BOUSO-SÁIZ, J. C. (2016). "Propiedades psicométricas de la Escala de Riesgo de Violencia Plutchik en una muestra de jóvenes hispanohablantes". *Actas Españolas de Psiquiatría,* 44, 13-19.

AMPUDIA, A., SÁNCHEZ, G. y JIMÉNEZ, F. (2018). "La contribución del MMPI-2 a la predicción del riesgo de violencia". *Revista de Psicología,* 36, 603-629.

ANDRÉS-PUEYO, A. (2017). "Manual de evaluación del riesgo de violencia. Metodología y ámbitos de aplicación". Ismael Loinaz. Ed. Pirámide, Madrid, año 2017, p. 253, *Anuario de Psicología Jurídica, 27*, 127-129. doi: 10.1016/j.apj.2017.02.003

ANDRÉS-PUEYO, A. y ECHEBURÚA, E. (2010). "Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación". *Psicothema,* 22, 403-409.

ANDRÉS-PUEYO, A. y REDONDO, S. (2007). "Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia". *Papeles del Psicólogo,* 28, 157-173.

ARBACH, K. y ANDRÉS-PUEYO, A. (2007). "Valoración del riesgo de violencia en enfermos mentales con el HCR-20". *Papales del Psicólogo,* 28, 174-186.

ARBACH-LUCIONI, K., DESMARAIS, S. L., HURDUCAS, C., CONDEMARIN, C., KIMBERLIE, D., DOYLE M., FOLINO, J. O., GODOY-CER-

VERA, V., GRANN, M., HO, R., LARGE, M. M., PHAM, T. H., NIELSEN, L. H., REBOCHO, M. F., REEVES, K. A., RETTENBERGER, M., DE ROUTIER, C., SEEWALD, K. y SINGH, J. P. (2015). "La práctica de la evaluación del riesgo en España". *Revista de la Facultad de Medicina,* 63, 357-66. doi: 10.15446/revfacmed.v63n3.48225.

AYOS, E. J. (2014). "Prevención del delito y teorías criminológicas: tres problematizaciones sobre el presente". *Revista Estudios Socio-Jurídicos,* 16, 265-312.

BENAVIDES-GÉLVEZ, R. E., ESCOBAR-CÓRDOBA, F. y MOLINA-OJEDA, V. X. (2014). "Valoración del riesgo de violencia en urgencias psiquiátricas". *Revista Javeriana,* 55, 297-310.

CENTROS DE INTEGRACIÓN JUVENIL, (2008). "Manual para la aplicación del cuestionario de tamizaje de problemas en adolescentes (POSIT)". México. Recuperado de http://www.intranet.cij.gob.mx/Archivos/Pdf/MaterialDidacticoPreventivo/ManualparaAplicacionDelCuestionariodeTamizajedeProblemasenAdolescentesPOSIT.pdf

CHARGOY, J. E. (1999). "Escala de Respuesta Individual Criminológica: un instrumento psciocriminológico para determinar objetivamente la peligrosidad". *Ciencias Sociales,* 83, 97-117.

CONDE, J. Y. (2018). "Adaptación de la Escala de Valoración de la Conducta Violenta y Riesgo de Reincidencia (EVCV-RR) en una muestra penitenciaria peruana". *Revista de Psicología,* 36, 427-464. doi: 10.18800/psico.201802.002

CUERVO, M. M. y MARTÍNEZ, J. F. (2013). "Descripción y caracterización del ciclo de violencia que surge en la relación de pareja". *Tesis Psicológica*, 8, 80-88.

ESBEC, E. y FERNÁNDEZ, O. (2003). "Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Instrumentos de evaluación y perspectivas". *Psicopatología Clínica Legal y Forense,* 3, 65-90.

FARRINGTON, D. P. (1992). "Criminal career research in the United Kingdom". *British Journal of Criminology*, 32, 521-536. doi: 10.1093/oxfordjournals.bjc.a048255

FLETA, J. (2017). "Autolesiones en la adolescencia: una conducta emergente". *Boletín de la Sociedad de Pediatría de Aragón, La Rioja y Soria,* 47, 37-45.

FOLINO, J. O. y ESCOBAR, F. (2004). "Nuevos aportes a la evaluación del riesgo de violencia". *Med UNAB,* 7, 99-105. doi: 10.29375/01237047.227

FRÍAS, Á., VÁZQUEZ, M., DEL REAL, Á., SÁNCHEZ, C. y GINÉ, E. (2012). "Conducta autolesiva en adolescentes: prevalencia, factores de riesgo y tratamiento". *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de Enlace,* (103), 33-48.

GONZÁLEZ-PIENDA, J. A., NUÑEZ, J. C., GLEZ.-PUMARIEGA, S. y GARCÍA, M. S. (1997). "Autoconcepto, autoestima y aprendizaje escolar". *Psicothema,* 9, 271-289.

HIKAL, W. (2009). "Criminología del desarrollo: el estudio de la personalidad". *Ciencia UANL,* 12, 124-130.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI). (2016). "Censo nacional de gobierno, seguridad pública y sistema penitenciario estatales 2016". Recuperado de http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/censosgobierno/estatal/cngspspe/2016/.

MUÑOZ, J. M. y LÓPEZ-OSSORIO, J. J. (2016). "Valoración psicológica del riesgo de violencia: alcance y limitaciones para su uso en el contexto forense". *Anuario de Psicología Jurídica,* 26, 130-140. doi: 10.1016/j.apj.2016.04.005

NEGREDO, L., MELIS, F. y HERRERO, Ó. (2015). "Riesgo de violencia institucional y comunitaria en delincuentes con trastorno mental". *Anuario de Psicología Jurídica,* 25, 21-27. doi: 10.l 016/j.apj.2015.01.002

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). (2011). "Factores de riesgo". Recuperado de http://www.who.int/topics/risk_factors/es/

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). (2015). "Violencia". Recuperado de http://www.who.int/topics/violence/es/

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). (2016). "Violencia juvenil". Recuperado de http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs356/es/

REDONDO, S. y ANDRÉS-PUEYO, A. (2007). "La psicología de la delincuencia". *Papeles del Psicólogo,* 28, 147-156.

REDONDO, S., PÉREZ, M. y MARTÍNEZ, M. (2007). "El riesgo de reincidencia en agresores sexuales: investigación básica y valoración mediante el SVR-20". *Papeles del Psicólogo,* 28, 187-195.

REYES, I. (1993). "Las redes semánticas naturales, su conceptualización y su utilización en la construcción de instrumentos". *Revista de Psicología Social y Personalidad,* 9, 81-97.

REYES, I. y GARCÍA, L. F. (2008). "Procedimiento de validación psicométrica culturalmente relevante: un ejemplo".

RODRÍGUEZ, L. (1989). "Criminología". Porrúa, México.

RODRÍGUEZ, L. (2012). "Criminología clínica", Porrúa, México, 5ª ed.

SÁNCHEZ, T. (2017). "Autolesión y mentalización: viaje a través de las heridas". *Clínica e Investigación Relacional,* 11, 337-351. doi: 10.21110/19882939.2017.110208

SEIESDEDOS, N. (2001). "Cuestionario de conductas antisociales-delictivas (A-D)". El Manual Moderno, México.

TORREGROSA, M. S., INGLÉS, C. J. y GARCÍA-FERNÁNDEZ, J. M. (2011). "El comportamiento agresivo como predictor del autoconcepto: estudio con una muestra de estudiantes españoles de educación secundaria obligatoria". *Psychosocial Intervention,* 20, 201-212. doi: 10.5093/in2011v20n2a8.

VÁSQUEZ, C. (2003). "Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (social development theories)". *Revista de Derecho,* 14, 135-158.

VELASCO, M. G. (2013). "Violencia reactiva e instrumental. La impulsividad como aspecto diferenciador". *Revista de Educación,* 382(361). doi: 10.4438/1988-592X-RE-2013-361-237

VELASCO, M. J. (2012). "Violencia y autocontrol en adolescentes de primer ciclo de educación secundaria obligatoria (E.S.O.). (Tesis de doctorado)". Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.

VITACCO, M. J., TABERNIK, H. E., ZAVODNY, D., BAILEY, K. y WAGGONER, C. (2016). "Projecting risk: the importance of the HCR-20 risk management scale in predicting outcomes with forensic patients". *Behavioral Sciences & the Law,* 34(2-3), 308-320. doi: 10.1002/bsl.2221

WEBSTER, CH. D., DOUGLAS, K. S., EAVES, D., y HART, S. (1997). "HCR-20. Guía para la valoración del riesgo de comportamientos violentos". Publicaciones y Ediciones de la Universidad de Barcelona, España.

Educación y leyes del aprendizaje social y criminógeno

Osvaldo N. Tieghi (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. Comportamiento biopsíquico y ontomesológico.— IV. La educación como variable de la tasa real de criminalidad. Conocimientos biosociales básicos.— V. Ciencias de la conducta humana, criminología experimental y política criminal.— VI. Ciencia, ética y política criminal.— VII. Conclusiones.— VIII. Referencias bibliográficas.

I. Resumen

El aprendizaje es un proceso complejo estudiado desde los griegos hasta nuestros días y que actualmente se ha aprovechado del desarrollo de las diferentes ciencias biológicas y genéticas, así como de la tecnología para llevar la discusión a otro nivel. Dentro de la Criminología y como parte inherente de su reflexión, se hace la comparativa entre el aprendizaje y la conducta antisocial para así desarrollar adecuadas formas de prevención.

II. Introducción

Tal como es posible advertir a través de la lectura de la investigación histórica que hemos efectuado en la obra: *Criminalidad, Ciencia, filosofía y prevención* (TIEGHI, 2004), ya desde la antigüedad, y anticipándose a las más elaboradas hipótesis científicas contemporáneas, principalmente a partir de las obras del académico, del estagirita y de los estoicos, se consideró que, más allá de sus "necesidades básicas" o primarias, y en función de su "disposición" o "potencialidad filogenética", el hombre adquiría —aunque solo en virtud del aprendizaje sociocultural (inicialmente de observación e imitación)— el desenvolvimiento ontogenético del lenguaje, el del pensamiento abstracto y el desarrollo de la razón y, con ella, el de la recta razón o razón moral; asimismo, cómo por vía de la educación y la disciplina generacionales se activaba e incrementaba, en la especie, el conocimiento y —eventualmente— la ciencia y la sabiduría.

Así, y como quedó dicho, desde las primigenias observaciones de la filosofía se enseñaba que, en su recorrido filo-ontogenético, a su vez, la ciencia y la tecnología daban lugar, a causa de su transmisión verbal y escrita —desde las agrupaciones coexistentes a su prole o progenie— y de la evolución secuencial del pensamiento abstracto (ontogenético), a una progresión o perfeccionamiento cognitivo teóricamente ilimitado, más moral y teológicamente imperfecto y susceptible de desarrollo y acrecimiento solo dentro de las estrictas fronteras naturales de la humanidad (TIEGHI, 2004).

A este último proceso se le nominó —desde la Antigüedad— como el de las "virtudes intelectuales" del hombre; y esto también había sido observado y enseñado tanto por los filósofos griegos, como por los romanos y los teólogos de la edad media.

III. Comportamiento biopsíquico y ontomesológico

Ahora bien, a más de tal comportamiento biopsíquico y ontomesológico, de condición, índole e interacción meramente intelectual (virtudes del entendimiento, de la ciencia y de la sabiduría), y como complemento y ajuste de

(*) Dr. Osvaldo N. Tieghi. Asociación Civil Argentina de Criminología Experimental. estudiotieghi@yahoo.com.ar. Argentina.

aquel, tanto Aristóteles como Platón, Cicerón, Séneca, Zenón de Cito, Epitecto, Marco Aurelio, San Agustín, Santo Tomás, Maimónides, Averroes y los otros filósofos de la Academia y del Liceo, de la Stoa y del Jardín, así como los demás religiosos cristianos, judíos y musulmanes de la Edad Media, comprobaron que existían otros hábitos o —genéticamente— aptitudes; potenciados asimismo por la especie —según cierta incoación de virtud— y que tenían por función someter a la recta razón los deseos desquiciados —progresivamente inagotables— de carácter apetitivo; aquellos, no son sino los relativos a las virtudes morales o cardinales (la prudencia, la justicia, la templanza y la fortaleza).

Y tales aptitudes, las que así consideraron y significaron estos sabios, constituían —en voces de Santo Tomás— "la razón perfecta de virtud", ya que ordenaban y moderaban las "pasiones del alma" —las "apetencias" propias a las necesidades o impulsos (básicos y adquiridos) y los "estados afectivos" inherentes a su "reducción" o "privación"— previniendo, a su vez, la adquisición desenfrenada o la incontinente de los impulsos viciosos, criminógenos, antisociales o desviados y, más ampliamente dicho, a los apetitos sensitivos desordenados del hombre (la sensualidad del poder, o la exacerbación de los impulsos de fama, o de gloria o de dinero o la ira y el odio racial, religioso o político (TIEGHI, 2004).

Por su parte, a aquellas propiedades o atributos básicos (*passiones entis*) que, en sus extremos pulsional y neurohumoral más elementales, les es común a todos los animales superiores, pero que constituyen —diferenciada y característicamente— el fundamento de toda conducta humana sociocultural o intelectual y moralmente significativa y, consecuentemente, de los hábitos incorporados bajo conexión biosocial con sus privativas, correspondientes y genéricas potencias apetitivo-afectivas —del "deseo", ("huida" y "aversión") del "amor" (o del "odio"), del "placer", "delectación" o "gozo" ("alegría", "temor" y "tristeza"); cfr., Criminalidad..., *ob. cit.,* Primera Parte, Capítulo V, N° 10—, originariamente inespecíficos, con obvia excepción de los propios requerimientos o exigencias organísmicas de reducción de las demandas biogenéticas primarias o necesidades básicos (hambre, abrigo, etcétera), cuyas "metas" y "medios" ulteriormente adquiridos, de delectación y de reducción o satisfacción impulsivo-motivacional, siempre ofenden —en su extremo concupiscente o irascible— al "bien común", le llamaron aquellos "pasiones del alma", subrayando, así, la "carga afectiva" y "apetitiva" de las mismas, más integrando lo "anímico" —formal— con lo "orgánico" o material.

En relación con lo *supra* consignado, oportuno es recordar el fragmento ciceroniano conservado por LACTANCIO (260-325): "Tres son los afectos que lanzan a los hombres hacia todos los crímenes: la ira, la ambición y la lujuria: la ira busca la venganza; la ambición las riquezas; la lujuria los placeres" (TIEGHI, 2004).

Antes de internarnos en la descripción, en el esclarecimiento y en la aplicación criminológica de las leyes científicas que explican cómo tiene lugar el aprendizaje cognitivo y conductual y qué mecanismos intervienen en la incorporación de los impulsos secundarios de meta (viciosos o virtuosos), así como también en el de las conductas instrumentales reductoras de los primeros (sociales o criminógenas), era necesario y oportuno advertir de qué manera el actual estadio de la humanidad y de su universo pensante, alcanzado a causa de la impredecible progresión cognitivo-científica y tecnológica, ha puesto solo en manos de la razón y de las "virtudes morales", de la prudencia, de la justicia, de la fortaleza y de la moderación —en el grado más crítico hasta hoy conocido— la dirección, control y freno de las siempre posibles, presentes e insaciables pasiones desordenadas de la "codicia concupiscente" de los racionales y de la "ira" que les es potencialmente propia; ello, frente a la eventual utilización de medios idóneos para la destrucción misma de su especie.

Este hecho, en su aterradora magnitud actual, fue sin duda insospechado en tiempos en que el ateniense y el macedonio, los de la Stoa y el Jardín, y los teólogos medievales, ya anticipaban al hombre la necesidad de educar a las nuevas generaciones desde la niñez para prepararles y disponerles a fin que supiesen y pudiesen ordenar y moderar prudentemente la conducta y orientar tanto sus "necesidades innatas" de "deseo", como así también aquellas que iban adquiriendo en virtud de lo experimentado

positivamente y reforzado comunitariamente como "placentero".

Recordemos a Platón y a Aristóteles cuando advirtiendo las restricciones de la razón humana y el desorden de las pasiones —en el estado de naturaleza caída, que luego elucidaron tomistas y agustinianos— insistían en habituar al "placer en la virtud" o a la decepción pirrónica —no menor que la sabiamente expresada por Cicerón en el inicio del Libro Tercero de las Cuestiones Tusculanas— o a la huida y temor estoicos (TIEGHI, 2004).

Debe ponderarse, a su vez, que la aplicación de tales conocimientos científicos a los procesos industriales de producción masiva de bienes placenteros, aptos para generar proliferantes conexiones pulsionales secundarias (o impulsivo-motivacionales, adquiridas ontogenéticamente), ha dado lugar, también y por su parte, a una increíble y sorprendente multiplicidad de objetos susceptibles de ser apetecidos, acaparados, acopiados o acumulados inmoderada, imprudente, destemplada e injustamente, con ávidos, usurarios e inescrupulosos fines antagónicos de excesivo y vicioso lucro antisocial —dando espaldas al bien común y sin reparo de medios— en la ardorosa llama inagotable de la voluptuosidad (en vocablos del estagirita y del Santo de Aquino: incontinente o licenciosa; en las clasificaciones positivistas, precedidas por académicos, peripatéticos y tomistas: ocasional o pasional, habitual y antisocial); particularmente, en virtud de la anomia y de la corrupción propias a los condicionamientos respondientes y operantes de indebida "aprobación social" o de insuficiente repudio y "desaprobación social", operados a través de las comunicaciones audiovisuales, hoy en manos de no pocos siniestros impostores, sedientos de asegurar —pese a la marginación que conscientemente provocan— grandes concentraciones de dinero y de poder. Mas tal codicia suele sembrar expectancias legalmente inalcanzables y, con ellas, y al tiempo que frustración, que finalmente aventa o expulsa la violencia colectiva, intolerables injusticias distributivas —en la antitética lucha entre la solidaridad y el antagonismo— para la mayoría de los integrantes de las sociedades y de sus grupos uni y multivinculados.

Es entonces, frente a lo precedentemente dicho, cuando debemos preguntarnos si la ciencia, y el poder militar y económico, sin ponerse al servicio de las virtudes morales, que deben ejemplificarse desde la infancia, y de la ejecución operativa de sus principios, tal como lo patentizan la ciudad malsana de Platón o la corrupta de la que nos hablara Cicerón o la temporal de Agustín o la del mercantilismo helénico, de cuyas costumbres huyen por igual estoicos, epicúreos y pirrónicos, pueden, todavía, continuar escindiendo al hombre y desconociendo la plenitud ético-cognitiva y conductual de su ser.

Sin una ciencia y una educación políticamente orientadas y al servicio de la virtud, esto es, éticamente comprometidas, el destino del hombre y el de su "razón" y "conciencia" morales, socialmente solidarias, parece estragarse; ello, en escala muy diversa a la hasta hoy expuesta —en sus variables independientes y dependientes— por la historia universal..

Y a esta altura de nuestra revisión histórica y filosófico-científica de la conducta y de la criminalidad, oportuno es reiterar la necesidad de tener en cuenta, y siempre presente, que el libre albedrío de los sabios griegos, romanos y escolásticos, en primordial o preferente emplazamiento, no es otro que el de la especie —en su constante e invariable flujo y devenir filo-ontogenético—; es decir, el de aquella que suele acogernos y educarnos, ni bien llegados a este mundo, sea con sus elevadas virtudes morales, sea con su infaltable depravación y extravío. De otro modo, esta, lejos de alumbrarnos para poder gozar necesariamente de aquel, nos inclinará —no pocas veces—, por el hábito y maliciosamente, hacia la corrupción y estragamiento de las costumbres; ello, antes que podamos llegar a la edad de la razón.

Nos parece también ajustado, volver nuestros pasos, entonces, sobre la prodigiosa prosa del Arpino:

Si la naturaleza nos hubiera engendrado de tal modo que pudiéramos mirarla frente a frente y seguirla como regla infalible en todas las circunstancias de la vida, no hubiera habido necesidad de que buscásemos razón ni doctrina. Pero ahora, por el contrario, a nuestros hijos desde pequeños les apagamos de tal manera el

ardor con el contagio de nuestras costumbres y opiniones, que nunca llega a brillar en ellos la luz de la naturaleza. Hay en nuestro ingenio semilla innata de virtudes que, si nos fuera lícito cultivar, podría llevarnos naturalmente a una vida feliz. Pero ahora, así que hemos nacido a la luz, nos ejercitamos continuamente en toda iniquidad y en suma perversión de opiniones, de tal modo, que parece que mamamos el error de los mismos pechos de la nodriza. Y cuando pasamos de manos de nuestros padres a las de nuestros maestros, nos imbuimos en tales errores que cede la verdad a la vanidad, y la naturaleza misma a la opinión autorizada...

Cualquiera fuese el tiempo al que pudiese llevarnos nuestra imaginación siempre hallaremos a iguales niños, cual tablilla vacía aristotélica y tomista, pacientes y listos para ser conducidos —bajo el libre albedrío educativo de sus mayores— hacia la senda de la virtud o con destino al laberinto tortuoso del vicio. Nada cambiará en ello el estadio sociocultural meramente intelectual o cognitivo en que se encontrare, o hubiese sido alcanzado por, el entendimiento, esto es, el de la ciencia o el de la tecnología que el lenguaje y el pensamiento abstracto permiten trasmitir generacional o filo-ontogenéticamente.

Solo por vía de las virtudes morales —gratuitamente potenciadas— habrá de hallarse el orden y el bien común; más, ello únicamente ocurrirá en virtud del tránsito onto-filogenético —o, si se prefiere filo-ontogenético— que va desde la educación y las costumbres de la generación precedente de los adultos —racionales y en ejercicio del libre albedrío— hasta los niños, irracionales y carentes de aquel.

Sobre aquellos últimos, tendrá lugar la enseñanza y, consecuentemente, la incorporación o el condicionamiento orgánico o biopsicosocial —modelamiento y moldeamiento— de los nuevos "impulsos secundarios" (hábitos o tendencias: el trabajo —intelectual, artístico, literario, etc.- o, v. gr., el robo o la estafa o el juego ilegal o el terrorismo), de las "apetencias de meta" o estructuras motivacionales (el dinero, el prestigio, el poder, etc.) y de sus respectivos "estados afectivos" de alegría, dolor, tristeza, etc. (las pasiones del alma —o, como define Tomás, "movimientos" del "apetito sensitivo"—), a todos los cuales se les imprimirá —por vía del aprendizaje— el rumbo, orientación o curso ontogenéticos del "deseo" o de la "aversión", primigeniamente —en cambio— incondicionados o básicos; asimismo, el de lo "placentero" o "displacentero" consecuentes con estos y, con ello: los vicios y las virtudes; la conducta social o la delictiva.

Lo *supra* dicho, ajustado a la sabia exploración de los filósofos académicos, peripatéticos, estoicos y escolásticos, hállase, hoy, empírica y experimentalmente ratificado por la ciencia contemporánea, todo lo cual puede aquí advertirse con la sola confrontación de lo expuesto en la primera y en la segunda parte de esta obra.

Con estas advertencias, suscintamente vertidas, recién nos será posible demostrar, en próximos artículos, cuáles son las leyes que explican —solo a la vista de, y dentro de los límites naturales propios a, las experiencias físicas— cómo se activa la virtud, mas también el vicio (sobre las infranqueables fronteras del conocimiento humano natural, cfr., Criminalidad..., Segunda Parte, Cap. IV, N° 1).

IV. La educación como variable de la tasa real de criminalidad. Conocimientos biosociales básicos

Hace ya más de tres décadas que venimos reiterando que la articulación o estructuración progresiva de las facultades humanas biosocioculturales (analíticamente: bio-neuro-fisio-psico-socio-culturales) no se desenvuelve autonómica o independientemente de la interactividad antropocósmica y comunitaria, ni arbitrariamente, sino conforme a leyes o a un orden regular; el conocimiento de estos, compete a las ciencias de la conducta.

Así, hállase hoy empírica y experimentalmente probado que el progresivo y gradual desarrollo bioaxiológico del hombre, de sus grupos, sociedades y civilizaciones —bio-valorativo-normativo (o cultural)—, tiene como presupuesto a las potencialidades filogenéticamente pautadas en nuestra especie y es, necesariamente, una variable dependiente de un proceso secuencial y evolutivo de su maduración embrio y ontogenética y de la experiencia y el aprendizaje socioculturales (TIEGHI, 2004).

De modo inverso, puede afirmarse que no existe maduración, activación, experiencia, ni aprendizaje alguno posibles, capaces de desenvolver actividades o conductas que no hubiesen sido potencializadas filogenéticamente; ello, en virtud de los dispositivos o mecanismos anatomofuncionales que les presupuestan fijando las fronteras o márgenes de expansión y perfeccionamiento posibles del decurso ontogenético (sobre los límites de la razón y del conocimiento humanos, salvo infusión divina.

Respecto a la comprobación científica relativa a la existencia de un patrón biológico o básico que habilita y condiciona la paulatina, secuencial, progresiva y escalonada formación, organización e integración o estructuración apetitivo-afectiva y cognitivo-conductual entre las percepciones, el lenguaje, las motivaciones, el pensamiento abstracto, el razonamiento, la recta razón o razón moral, la personalidad y la conducta interactiva propiamente humanas (en el campo social y desviado), según marcos de referencia grupales y, consecuentemente, su modelamiento y moldeamiento comunitarios, durante el proceso cultural o educativo que tiene lugar en la ontogénesis, pueden consultarse —concordantemente y por el momento— las recientes obras interdisciplinarias sobre la conducta del hombre que incluimos en la bibliografía general de la obra *Criminalidad* (TIEGHI, 2004).

Resulta suficiente, por ahora, recordar que ya con posterioridad a las primigenias experiencias pavlovianas sobre el aprendizaje clásico —de modelamiento, de observación o respondiente—, fueron múltiples las pruebas científico-experimentales obtenidas acerca de la existencia de dicho proceso o condicionamiento bioneurofisiológico y psicoaxiosocial integrativo, es decir, del de la estructuración de cogniciones y respuestas valoradas conforme a normas grupales y jurídicas, esto es, de "percepciones", "actitudes", "estructuras impulsivo-motivacionales" y conductas, aprendidas selectiva, secuencial e interactivamente, dentro de un determinado marco de referencia sociocultural. Ello, ya había tenido su originaria comprobación por parte de Razran en 1930; así, v. gr., al verificar —con investigaciones de secreción salivar— que las palabras condicionadas en el aprendizaje no se irradian, ni discriminan, en función de la "cantidad" de "vibraciones" de ondas sonoras, sino de la necesaria "significación" de los términos, voces, conceptos o vocablos, dentro de cada marco sociocultural de referencia (condicionamiento semántico).

Podemos aun añadir, a esta ajustada síntesis, que mientras las investigaciones bioquímico-genéticas del siglo XX continuaban y profundizaban los descubrimientos de la anterior centuria, estableciendo rigurosamente las interrelaciones disposicionales, organísmicas y mesológicas, la neuropsicología demostraba cuáles eran las unidades funcionales del cerebro que hacían posibles, en su interacción, no solo la recepción, el análisis y el almacenamiento gradualmente selectivos de los estímulos del medio (regiones laterales del neocortex, en la superficie convexa de los hemisferios), sino, también, la creación de intenciones, planes y programas así como la verificación, control y corrección de las conductas emitidas (regiones anteriores de los hemisferios antepuestos al giro precentral).

Finalmente, los innumerables experimentos realizados sobre animales y personas, bajo preciso control y verificación de variables, por parte de la psico-sociología experimental del aprendizaje y la neurofisiología conductual, han despejado lo que a fines del siglo XIX continuaba siendo solo el campo polémico de la criminología pre-empírica y pre-experimental.

Mas podemos asegurar que mientras los filósofos de la ciencia contemporánea no articulen complementariamente sus datos y experiencias físico-antropológicas con aquellos otros que aún no les es dado desvelar solo bajo el método y los instrumentos de observación, manipulación, control de variables y verificación fenoménicos, estos quedaran en pie de igualdad con la fragmentación o desintegración positivista, esto es, con su unilateral enfoque (TIEGHI, 2004).

Es fundamental, entonces, advertir la importancia decisiva que tienen estas cuantiosas investigaciones, tanto en el plano teorético propio a la explicación holística de la dinamogénesis de la conducta desviada, (normal o patológica), como en el área político-criminal; ello, al tiempo de ponerles a prueba en la regulación ético-normativa de la prevención y el tratamiento de la criminalidad.

V. Ciencias de la conducta humana, criminología experimental y política criminal

V.1. Objeto y métodos de la Criminología

Dentro de los límites ya señalados, compete entonces, hoy, no solo a la "criminología", como disciplina autónoma, sino también al desenvolvimiento y articulación de todos los conocimientos particulares, específicos y propios a los campos que confluyen en el desvelamiento legal de la naturaleza humana conductual, como son, v. gr., los de la genética, de la embriología, de la psicología, de la etología comparada, de la medicina psicológica y psiquiátrica, de la neurofisiología del comportamiento, de la psicología social, de la filosofía antropológico-teológica y de la sociología, entre otras múltiples áreas, con sus singulares y diversos niveles de observación y de manipulación y control fenoménicos posibles, el descubrimiento y la explicación constantes y perfectibles de aquellas leyes a las cuales refiriéramos en este artículo, tanto respecto al proceso de socialización como al de su desviación (sea atípico, contravencional o delictivo).

Pero lo precedentemente indicado no implica, como ya hemos demostrado, que la criminología carezca de legalidad, de objeto y de fines propios ni de "técnicas" de conocimiento particulares. Sobre los conceptos de "ciencia", de "determinación" (causal y no causal, física o social), de "causalidad simple y múltiple", de "método", de "exploración", de "legalidad estadística" o "estocástica" (física o social), de "verificación", de "predicción", etcétera. (TIEGHI, 2004).

Como la biología, la microbiología, la astronomía, la propia física, la química y, más ampliamente la medicina, la ingeniería o la arquitectura, p. ej., aquella avanza desde, y conjuntamente con, el nivel de estudios alcanzado por las otras disciplinas que le auxilian; ello, para darles su específica aplicación, sin abandonar la ponderación debida de las singularidades propias a cada una de sus indagaciones e investigaciones respectivas, aún experimentales.

Las matemáticas, la física y la química nutren a las primeras (v. gr., ciencias biológicas); los estudios conductuales (p. ej., neurofisiología de la conducta humana), a su vez, a las ciencias sociales y criminológicas.

Al seguir las reglas básicas de toda ciencia es necesario advertir que, dada la real e inescindible unidad dinamogenética de la fenoménica físico-natural y biológico-social, las disciplinas por las cuales se le desarticula, en virtud de los diversos niveles de observación en que aquella se presenta a estas, son también teórica y solo racional y analíticamente reductibles a aquellas otras que le fundamentan: la sociología criminal, a la psicología; esta, a la biología; la última, a la química y a la física (TIEGHI, 2004).

La precisa comprensión, la rigurosa selección y la debida clasificación y aplicación de tales conocimientos al servicio de la investigación en su campo específico, constituye, en consecuencia, el presupuesto necesario e ineluctable de la Criminología Experimental (de base no solo empírica sino también bajo control y verificación fenoménicas); asimismo, de la Política criminal preventiva, como disciplina dirigida a la formulación de teorías, hipótesis y programas de carácter técnico, práctico y temporal, esto es, con subordinación a los diversos y mutables fines de los regímenes ideológico-gubernamentales y al cambiante comportamiento humano en el decurso de las sociedades.

VI. Ciencia, ética y política criminal

La programación de esta última (la política criminal), para la prevención, el diagnóstico y el tratamiento —eventual y posible— de las desviaciones conductuales de tales procesos comunitarios, puede, entonces, sujetarse rigurosamente a dichas investigaciones o liberarse de ellas. Mas en este último caso quedará aquella sumergida, fuera del campo estrictamente científico, dentro de lo que es solo opinable; ello, naturalmente, al interior de un ámbito que seguiría siendo, únicamente, polémico, metafísico, discursivo e insusceptible de contrastar con las investigaciones empíricas y experimentales de nuestros tiempos.

En el primer supuesto, en cambio, es razonable admitir que se construirá, a nuestro juicio, una política criminal científica más rigurosa y efectiva; ello, en tanto su planificación —ética y humanista— tendrá lugar a la luz de la razón

y bajo tales presupuestos empíricos y experimentales, los que no pueden oponerse —bajo idénticos principios metodológicos de conocimiento— a las verdades reveladas, sino a las simples opiniones infundadas, no pocas veces perversas y contrarias a la naturaleza. Lo dicho ocurrirá —obviamente— dentro del estadio alcanzado por los mismos al tiempo de su aplicación y de conformidad con los condicionamientos morales e ideológicos de su época.

Por lo tanto, las previsiones y proyectos científicamente orientados hacia la educación social, grupal e individual —sean de carácter prevencional (primarios), de situaciones de riesgo (secundarios) o de trato y tratamiento postcondenatorios (terciarios)— deben seguir, necesariamente, aquellas reglas conductuales que explican cómo tienen lugar los procesos de evolución o desenvolvimiento dinamogenético que conducen —finalmente— a la socialización o a la desviación criminógena; ello, para dar lugar a una severa o rigurosa Política criminal, acorde con tales conocimientos.

Es necesario aclarar, aquí, que las consecuencias generadas a causa de la desatención a una política criminal preventiva acorde con el actual estadio científico, que da razón de las leyes que explican por qué, y bajo qué condiciones, tiene lugar el incremento (o la disminución) de la tasa real de criminalidad, puede conducir, bajo ciertas condiciones, hasta el desborde delictual. Es en tales circunstancias cuando se supera, tanto el grado de tolerancia de las barreras de seguridad policial como el de la justicia penal y el de la capacidad penitenciaria; ello ya está acaeciendo no menos en nuestra república que en la mayor parte de los países tanto en desarrollo como desarrollados, rompiendo —consecuentemente— toda homeostasis o reequilibrio posible de las estructuras sociales de contención.).

Constituye, entonces, un hipócrita fingimiento el intentar gubernamentalmente excusarse, en todo tiempo o comunidad, de tales incumbencias educacionales y ejemplificativas; ello, responsabilizando extemporáneamente del auge de la criminalidad, ya expandida más allá de toda posibilidad de control, al cambio degradante de las propias costumbres generacionales consentidas, las que, a la edad de precepto y razón, suelen ser desatendidas —impunemente— por quienes, ya bajo libre albedrío, siembran la iniquidad y contribuyen a su estragamiento (TIEGHI, 2004).

No puede pretenderse de la labor judicial, policial o penitenciaria, única y tardíamente, imposibles, impropias e irrealizables tareas de reequilibrio social homeostático. Estas, como ya se señaló supra, competen a otras áreas de gobierno.

Ya enseñaba el aquinate —en el Tratado de la ley en general (cuestión 92 a. 1)— que "...los legisladores hacen buenos hombres suscitando costumbres (...) Si, en cambio, lo que el legislador se propone no es el bien verdadero, sino un bien útil o deleitable para él mismo, o no acorde con la justicia divina, entonces la ley no hace buenos a los hombres en sentido absoluto, sino solo en sentido relativo, es decir, buenos para determinado régimen".

Por ello, debe tenerse siempre presente cuáles son las leyes biopsicosociales conforme a las que, una vez que ha sido transitada indebidamente la biosociogénesis propia al tiempo en que solo es posible y eficaz la prevención primaria de los niños y jóvenes de una u otra sociedad, los hábitos y las estructuras impulsivo-motivacionales criminógenas instaladas en aquellos —cual segunda naturaleza, en voces aristotélicas y tomistas— ya no cesarán —por regla— de sus condicionadas conductas de meta y de sus medios instrumentales reductores delictivos; por el contrario, tales personas se valdrán cognitivamente de cualquier secuencia operante, fácticamente posible y socialmente temible, para evitar la detección o el estímulo aversivo (aprendizaje alternativo de evitación del castigo o de escape). Lo expuesto, en ciertos casos, tendrá lugar aún a costa de las vidas policiales o del caos e inseguridad comunitaria o intercomunitaria.

Cuanto acabamos de explicitar halla base en los conocimientos y experiencias acumuladas acerca de la adquisición y fuerza de los impulsos secundarios, las leyes de su extinción y las del aprendizaje de evitación, propios a todos los animales superiores, tal como anticiparan Platón y San Agustín, Aristóteles y Santo Tomás (TIEGHI, 2004) tanto más, cuando se trata de seres humanos, ya que en ellos se añade la co-

municación oral y escrita (segundo sistema de señales), el lenguaje interior o proceso de integración abstracta, la capacidad de programación y las insaciables apetencias secundarias de meta (motivaciones e impulsos adquiridos), a los cuales todos aquellos sirven.

Cuando perversamente las generaciones transitan y trasmiten el vicio, el crimen y la corrupción, como resulta obvio, hállanse ya aquellas y su descendencia fuera de toda situación de control, al menos para dar aplicación alguna a los conocimientos y enseñanzas de índole filosófica, filosófico-teológica y experimental; resulta entonces dificultoso, cuando no imposible, por lo demás, aplicarles las contingencias de reforzamiento apropiadas a la conducta delictiva que se pretende evitar o eliminar (TIEGHI, 2004).

De lo expuesto resulta que ni el mayor índice de la "detección", ni el del "castigo", ni aún el tratamiento penitenciario —por su naturaleza parcial e individual diverso de la "prevención terciaria-institucional"— pueden, por sí solos, constituir una variable susceptible de modificar sustancialmente el índice de la criminalidad comunitaria; ello, si no se cumplimentan, también, las medidas de prevención primaria y secundaria indicadas en nuestras diversas obras; v.gr.: *La Reflexología criminal*, *La conducta criminal*, *Tratado de criminología* y *Criminalidad* (TIEGHI).

Así, instalado el ambiente aversivo, la agresión o aquello que el delincuente entiende cognitivamente como tal, en la frustración de sus necesidades adquiridas o aprendidas, solo se multiplicará —con las múltiples y posibles modalidades, derroteros, orientación, rumbo o trayectoria— hasta los límites más insospechados.

Explícase, entonces, la exigencia de reducir —principalmente por la vía educativa y preventiva— los índices de criminalidad a aquellos márgenes de tolerancia institucional que aseguren, en el mayor grado de efectividad posible, la lamentable y ulterior detección penal, la eventual condena y el más eficaz tratamiento de readaptación —en la comunidad carcelaria— de los delincuentes ocasionales; a su vez, entiéndese también cuál es la razón de la imposición de las más adecuadas y rigurosas medidas de seguridad, junto al ya inevitable y ciertamente tardío tratamiento científico preventivo carcelario y de rumbo moral, respecto de los criminales habituales o de mayor peligrosidad (TIEGHI, 2004). Pero ello, como ya hemos explicitado reiteradamente en esta obra, constituye solo una utopía cuando el mencionado grado de tolerancia ha quedado superado a causa de una deficiente política criminal preventiva.

Debe advertirse al lector, al educador y al político, además de lo afirmado precedentemente, acerca de la necesidad de ponderar debida y suficientemente cuáles son las dificultades que se les van a presentar, inevitablemente, cuando quieran obtener extemporáneamente un razonable porcentual de éxito en la reducción de las tasas de criminalidad; esto es, cuando ya —inevitable y desafortunadamente— solo les quedarán como únicas opciones la reclusión carcelaria y/o la de poner en práctica —y a prueba— los métodos y las técnicas de modificación de conducta respecto de aquellos niños, jóvenes y adultos antisociales —alojados o no en establecimientos institucionales—, sin contar con el riesgo cierto de quienes ni siquiera hubiesen sido detectados. Ello es así, ya que todos estos han incorporado a sí, cual segunda naturaleza aristotélica y tomista o de pulsión organísmica o disposicional adquirida, o como tendencias o estructuras impulsivo-motivacionales criminógenas, a las nuevas necesidades ontogenéticamente adquiridas. Esto, que ha sido ignorado en algunas cátedras e instituciones e incluso en la política criminal de muchos Estados, fue enseñado por nosotros desde la década de los años ochenta en innumerables publicaciones efectuadas en la revista *La Ley*.

VII. Conclusiones

Todo cuanto llevamos expuesto es aplicable tanto a los delitos comunes como a los políticos; asimismo, a la delincuencia intracomunitaria y a la transnacional. Sin duda, aún cuando la prevención de las conductas desviadas de los patrones o modelos sociales (contravencional y criminalmente regulados) hubiesen fracasado, aquellos conocimientos científicos y ético-políticos —igualmente y bajo las condiciones explicadas— deberán constituir, necesariamente, el basamento de las reglas de los procedimientos (Códigos y leyes de forma) destinados tanto a la comprobación de la materialidad y autoría;

como a la elección de las medidas que deberán adoptarse, con carácter preventivo postdelictual, sobre los sospechosos; ello, hasta su imputación final en la sentencia. Lo dicho, naturalmente, se extiende —tanto más— a los cuerpos sustanciales (Códigos de fondo). Esta última temática, que influye, y repercute sobre la regulación propia a las instituciones penales como la tentativa, el concurso de delitos, la reincidencia, la libertad condicional, las modalidades sancionables, etc., con todas las críticas y propuestas que exige la naturaleza de tal indagación, excede a los fines y al espacio posibles de este tratamiento criminológico.

VIII. Referencias bibliográficas

TIEGHI, O. N. (2004). "Criminalidad. Ciencia, filosofía y prevención". Universidad, Argentina.

— (2004). "Tratado de Criminología". Universidad, Argentina.

— (1978). "La conducta criminal. Aprendizaje, prevención y tratamiento". Abaco de Rodolfo Depalma, Argentina.

— (1974). "Reflexología Criminal. Psicología y responsabilidad penal". Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Argentina.

Criminología de la personalidad antisocial

Asociación entre la conducta pandilleril y la conducta disocial en adolescentes

Rolando Granados Muñoz (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. Método.— IV. Lista de referencias.

I. Resumen

El pandillerismo se vincula a problemas de salud pública y se encuentra asociado a distintos tipos de conducta. Según la teoría sobre pandillerismo existen múltiples factores que influyen en su desarrollo. En esta investigación con el propósito de identificar la asociación entre la conducta pandilleril y la conducta disocial, se aplicó una encuesta a 152 adolescentes, el 9% indicando ser pandilleros en un rango de edad de los 13 a los 18 años, la operacionalización se hizo a través de la Escala de Conducta Pandilleril y la Escala de Conducta Disocial (ECODI27). Se hicieron análisis estadísticos de comparación por medio de la prueba *t de student*, coeficiente de correlación producto-momento de Pearson y la regresión lineal múltiple. Dentro de los resultados refieren mayor tendencia en los dos tipos de conducta los hombres, los que manifiestan formar parte de una pandilla, los que tienen tatuajes y los que practican grafiti; se obtuvo una correlación de r=.754 entre la conducta pandilleril y la conducta disocial, los predictores de la conducta pandilleril son el grafiti, los pleitos y las armas y el abandono escolar. Estos representan hallazgos importantes para crear conciencia de las necesidades de estudio del pandillerismo y su eficaz intervención.

II. Introducción

Las pandillas son consideradas como factor de riesgo a nivel comunitario y social que se encuentran relacionadas a conductas violentas en jóvenes (Organización Mundial de la Salud [OMS], 2016). El pandillerismo se vincula a problemas de la salud pública y es estudiado como un comportamiento que está asociado con otros tipos de conducta.

Se admite que mantener un vínculo con una pandilla se asocia a comportamientos antisociales (BENDIXEN, ENDRESEN y OLWEUS, 2006); también es relacionado a conductas desviadas, estas comparten conexión con la violencia por cuestiones de identidad, la dinámica intragrupo y la similitud de estilos y ambientes en los que se producen (SCANDROGLIO, LÓPEZ y SAN JOSÉ, 2008). Se ha encontrado que el ingreso o pertenencia a una pandilla contribuyen al desarrollo de una trayectoria antisocial o las relaciones con la delincuencia (LAHEY, GORDON, LOEBER, STOUTHAMER-LOEBER y FARRINGTON, 1999; OFFICE OF JUVENILE JUSTICE AND DELINQUENCY PREVENTION, 1998). Incluso los miembros de pandillas tienen más probabilidades de sufrir victimización violenta que los que no pertenecen a pandillas (TAYLOR, PETERSON, ESBENSEN y FRENG, 2007). Esta asociación es distinta desde la teoría en que sean estudiadas, en este caso se hace suponer una alta relación de la conducta pandilleril y la conducta disocial.

(*) Mtro. Rolando Granados Muñoz. Universidad de Guanajuato. r.granadosmunoz@ugto.mx. México.

De acuerdo con la investigación de RAMÍREZ, FONSECA, FUERTE, GARCÍA y MUÑOZ (2019) la conducta pandilleril es un constructo que implica actividades de grafiti, tatuaje, el respaldo, idolatría e integración. Dimensiones que se relacionan con la identidad (grupal e individual), así como la conducta desviada. Por otra parte, MORAL y PACHECO (2011) indican que la conducta disocial se presenta en niños y adolescentes y la describen como un patrón de conductas disruptivas como las agresiones, la destrucción de la propiedad, la fraudulencia, robo y violaciones graves a las normas donde se transgreden los derechos básicos de otros de manera reiterada.

La conducta disocial es común y es un rasgo adaptativo en un ambiente violento y conflictivo. Se encuentra en relación positiva con la deseabilidad social, manejo de la impresión y autoengaño, la pandilla funciona como instrumento de socialización que canaliza y acentúa los rasgos disociales, volviéndolos aspectos adaptativos. La búsqueda de sensaciones, la toma de perspectiva (empatía), la desinhibición, el bajo nivel de escolaridad, la comunicación con el padre y la socialización de riesgo actúan sobre la conducta disocial, aunque las correlaciones entre mujeres y hombres tienden a ser diferentes (MORAL y ORTIZ, 2011a; ORTIZ y MORAL, 2011; MORAL y ORTIZ, 2011b).

Los autores antes referidos definen la conducta disocial a través de la base teórica de los criterios del trastorno disocial especificados en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5). Según la organización a cargo del desarrollo del manual, la *American Psychiatric Association* (APA, 2014), en esta versión lo nombra trastorno de conducta y sigue diferenciándolo con otros trastornos, por ejemplo, el de personalidad antisocial respecto a la edad, siendo que en este último la edad mínima de diagnóstico debe ser de 18 años. Por ello MORAL y PACHECO (2011) aclaran que se da especialmente en niños y adolescentes, aunque las investigaciones hacen referencia a términos de conducta y no precisamente de los trastornos, pues estos tienen criterios diagnósticos específicos.

Entre los hallazgos que se han encontrado sobre la relación de dichas conductas, se ha obtenido que la participación en pandillas por parte de los jóvenes se debe a la influencia del ambiente escolar (cuestiones de rechazo de los pares, aceptación, fracaso académico) y a los problemas de comportamiento antisocial (DISHION, NELSON y YASUI, 2010). Además, también influye la frecuencia de uso de alcohol y marihuana durante toda la vida y un mayor nivel en cuanto a la participación en conductas violentas (HARPER, DAVIDSON y HOSEK, 2008). Se admite que el pandillerismo está influenciado por tener amistades con conductas agresivas aumentando ese riesgo de ingreso en la adolescencia temprana (LAHEY, GORDON, LOEBER, STOUTHAMER-LOEBER y FARRINGTON, 1999). Los pandilleros manifiestan conductas de agresión en su infancia, así como la pertenencia activa de familiares cercanos a pandillas y la convivencia continua con emisores de conductas delictivas (HERRERA, VEGA y SERVÍN, 2015).

El pandillerismo obedece a la exposición multifactorial de los jóvenes aumentando la probabilidad de unirse a una pandilla, entre ellos se encuentra la vecindad, la familia, escuela, pares y el factor individual (HILL, HOWELL, HAWKINS y BATTIN-PEARSON, 1999). Estos factores con calidad de riesgo en las áreas individual, la familia, la escuela, el grupo de pares o en la comunidad, influyen en la integración a la pandilla, ejemplo de los factores de riesgo individuales puede ser la conducta antisocial, el uso de drogas y alcohol, problemas de salud mental, víctimas de abuso o abandono o situaciones negativas en la vida (PUBLIC SAFETY CANADA, 2007; OFFICE OF JUVENILE JUSTICE AND DELINQUENCY PREVENTION, 2010).

En dicho orden de ideas, teniendo presente que la conducta pandilleril no está delimitada por un rango de edad y los múltiples factores que influyen en su desarrollo, en esta investigación el propósito es identificar la asociación entre la conducta pandilleril y la conducta disocial pretendiendo los siguientes objetivos:

1. Comparar grupos de adolescentes para encontrar diferencias en la conducta pandilleril y la disocial.

2. Conocer la relación estadística que existe entre la conducta pandilleril y la conducta disocial.

3. Predecir la conducta pandilleril a través de los componentes de la conducta disocial.

III. Método

III.1. Participantes

Fue una muestra no probabilística por conveniencia de 152 adolescentes encuestados, tanto mujeres y hombres menores de 18 años de la zona rural y urbana; con la intención de obtener datos referentes a la conducta pandilleril se les preguntaba si pertenecían a una pandilla, si portaban algún tatuaje o que si hacían práctica de grafiti.

III.2. Instrumentos

La operacionalización de las conductas se hizo a través de dos escalas tipo Likert con características aceptables de validez y confiabilidad, haciendo uso de la técnica de encuesta para el levantamiento de los datos.

La Escala de Conducta Pandilleril fue desarrollada a través de un método mixto por RAMÍREZ *et al.* (2019), el *Alpha de Cronbach* reportado es de a=.90, se conforma de 25 reactivos tipo Likert que van del 1 (*totalmente desacuerdo*), 2 (*bastante en desacuerdo*), 3 (*bastante de acuerdo*) y 4 (*totalmente de acuerdo*), a mayor puntuación es mayor la presencia de conducta pandilleril. En la tabla 1 se presentan los estadísticos de consistencia interna obtenidos en esta muestra de 152 adolescentes.

Tabla 1. *Valores de consistencia interna de la Escala de Conducta Pandilleril*

Escala y subescalas	Alpha de Cronbach
General	.920
Pandillerismo	.875
Grafiti	.739
Tatuaje	.733
Respaldo	.710
Idolatría	.650
Integración	.840

La Escala de Conducta Disocial (ECODI27) fue desarrollada por MORAL y PACHECO (2010), con un *Alpha de Cronbach* reportado superior a.70, consta de 27 reactivos tipo Likert (*totalmente en desacuerdo*, *bastante en desacuerdo*, *ni de acuerdo ni en desacuerdo*, *bastante de acuerdo*, *totalmente de acuerdo*), cuanto mayor sea la puntuación, mayor es la presencia de conducta disocial, las características de consistencia interna obtenidas con la muestra de 152 adolescentes se presentan en la tabla 2.

Tabla 2. *Valores de consistencia interna de la Escala de Conducta Disocial*

Escala y subescalas	Alpha de Cronbach
General	.919
Robo y vandalismo	.842
Travesuras	.778
Abandono escolar	.723
Pleitos y armas	.794
Grafiti	.549
Conducta oposicionista desafiante	.706

III.3. Procedimiento

Para la fase de campo se acudió a las escuelas y a determinadas colonias de la ciudad de Irapuato, Guanajuato. No se les entregó un consentimiento informado, pero se les leyeron las instrucciones y se les hizo la aclaración de que la información que contestarían sería trabajada con fines de investigación por lo que se les otorgaría el anonimato y la confidencialidad. La aplicación en la escuela fue en los salones de clase y la supervisión de las respuestas estuvo a cargo del encuestador. En las colonias fueron menores los casos, con previa instrucción y atención a las dudas que pudieran surgir, se les proporcionaron los instrumentos supervisando las repuestas el aplicador, aunque la aplicación fue en el lugar inmediato donde se encontraban los jóvenes no hubo variaciones importantes o situaciones fuera de lo común registrando un tiempo promedio en responder de 20 minutos.

El vaciado de la información se hizo en Excel asignando a los instrumentos un folio y posteriormente se exportó la información al SPSS 24 en el que se le dio limpieza a la base de datos. Se aplicaron análisis estadísticos de frecuencias, *t de student*, coeficiente de correlación producto-momento de Pearson y la regresión lineal múltiple.

III.4. Análisis de datos

Para la comparación entre grupos y encontrar diferencias se utilizó la prueba estadística *t de student*, los grupos estuvieron definidos por mujeres y hombres, jóvenes que pertenecían a una pandilla o no, los que tenían o no tatuajes y finalmente los que practicaban o no el grafiti. Con la finalidad de establecer la relación estadística entre la conducta pandilleril y la conducta disocial se usó la prueba del coeficiente de correlación producto-momento de Pearson. La predicción de la conducta pandilleril a través de los componentes de la conducta disocial fue determinada a través de la regresión lineal múltiple.

III.5. Resultados

De los 152 participantes hubo 73 que indicaron ser mujeres y 78 hombres encontrándose en un rango de edad de los 13 a los 18 años (M=14.25, SD=.76); nivel de escolaridad secundaria y preparatoria. El 9% asumiendo pertenecer a una pandilla, el 7% reportando tener tatuajes y el 17% manifestando practicar el grafiti.

Se encontraron diferencias estadísticamente significativas en la conducta pandilleril y disocial entre mujeres y hombres, los que pertenecen a una pandilla, los que tienen tatuajes y los que practican el grafiti. Como se puede observar en la tabla 3, según los valores de la prueba *t de student* y los intervalos de confianza que permiten tener certeza de los resultados, el nivel de conducta pandilleril en hombres, los que indican ser pandilleros, los que tienen tatuajes y practican grafiti es mayor, incluso por arriba de la media teórica que es de dos.

Tabla 3. *Diferencias por grupo de la conducta pandilleril en los adolescentes*

Grupos	**M**	**SD**	**t**	**CI**	
				Inferior	**Superior**
Mujer	1.82	.53	-3.70**	-.57	-.17
Hombre	2.19	.69			
Pandillero	2.86	.71	5.98**	.64	1.27
No pandillero	1.90	.55			

Grupos	M	SD	t	CI	
				Inferior	Superior
Con tatuaje	2.54	.70	2.82*	.17	.98
Sin tatuaje	1.96	.62			
Practica grafiti	2.53	.60	5.05**	.39	.90
No practica grafiti	1.89	.59			

Nota: M=muestra media, SD=desviación estándar, t=distribución *t de student,* CI=intervalo de confianza. Los valores estadísticos de los intervalos de confianza fueron redondeados a dos decimales.

** $p \leq 0.001$

*$p \leq 0.05$

En las comparaciones de la conducta disocial se encontraron resultados similares a los de conducta pandilleril, según se muestra en la tabla 4, considerando una media teórica de 2.5, siguen teniendo una mayor tendencia a la conducta disocial los hombres, los que reportan ser pandilleros, con tatuajes y los que se encuentran practicando el grafiti.

Tabla 4. *Diferencias por grupo de la conducta disocial en los adolescentes*

Grupos	M	SD	t	IC	
				Inferior	Superior
Mujer	1.96	.57	-5.97**	-.88	-.44
Hombre	2.62	.78			
Pandillero	3.11	.85	4.44**	.50	1.29
No pandillero	2.22	.70			
Con tatuaje	2.91	.92	2.67*	.17	1.13
Sin tatuaje	2.26	.73			
Practica grafiti	2.75	.57	4.26**	.29	.82
No practica grafiti	2.20	.75			

Nota: M=muestra media, SD=desviación estándar, t=distribución t de student, CI=intervalo de confianza. Los valores estadísticos de los intervalos de confianza fueron redondeados a dos decimales.

** $p \leq 0.001$

*$p \leq 0.05$

En el segundo análisis de correlación, según los datos existe una alta relación estadística entre la conducta pandilleril y la conducta disocial en la medición, se obtuvo un coeficiente de correlación producto-momento de Pearson de r=.754 (p=.000). Los valores de correlación de las subescalas de la conducta pandilleril y disocial se muestran en la tabla 5, es destacable que todas las subescalas de la conducta disocial, en especial la de robo y vandalismo, así como los pleitos y armas tienen una alta correlación en comparación con las demás, por el ejemplo la de abandono escolar que mantiene correlaciones bajas, las subescalas de la conducta pandilleril de pandillerismo y en menor medida la de integración tienen correlaciones elevadas con las subescalas de la conducta disocial.

En el caso de las subescalas de grafiti se encuentra la mayor correlación, lo que da validez a estos elementos de ambos instrumentos.

Tabla 5. *Correlaciones entre las subescalas de la conducta pandilleril con las de conducta disocial*

	PAN	GR1	TAT	RES	IDO	INT
RYV	.638**	.313**	.305**	.328**	.405**	.562**
TRA	.476**	.371**	.405**	.329**	.363**	.471**
ABE	.525**	.215*	.289**	.284**	.273**	.404**
PYA	.631**	.427**	.381**	.438**	.509**	.644**
GR2	.661**	.708**	.447**	.512**	.462**	.639**
COD	.500**	.293**	.421**	.399**	.341**	.473**

Nota: PAN=pandillerismo, GR1=grafiti, TAT=tatuaje, RES=respaldo, IDO=idolatría, INT=integración, RYV=robo y vandalismo, TRA=travesuras, ABE=abandono escolar, PYA=pleitos y armas, GR2=grafiti, COD=conducta oposicionista desafiante

** $p \leq 0.001$

*$p \leq 0.01$

Finalmente, mediante la regresión lineal múltiple, usando el método por pasos, se realizó el análisis de predicción ingresando como variable dependiente la conducta pandilleril y como variables independientes las subescalas que conforman la conducta disocial (robo y vandalismo, travesuras, abandono escolar, pleitos y armas, grafiti y conducta oposicionista desafiante).

Se obtuvo un modelo en el tercer ajuste, la probabilidad registrada indica una adecuación que no se esperaría por situaciones del azar según los datos de la tabla 6.

Tabla 6. *Nivel de significancia del modelo predictivo de la conducta pandilleril*

Modelo	SS	df	Media cuadrática	F	p
Regresión	44.694	3	14.898	117.004	.000
Residuo	18.845	148	.127		
Total	63.538	151			

Nota: SS=Suma de cuadrados, df=Grados de libertad, F=Distribución F, p=Probabilidad.

Toda vez que el modelo resultó significativo, conforme al ajuste que se presenta en la tabla 7 se afirma que las variables que ingresaron explican el 69% de la varianza, siendo un porcentaje alto de predicción.

Tabla 7. *Varianza explicada del modelo predictivo de la conducta pandilleril*

R	R^2	R^2 ajustado	Error estándar de la estimación
.839	.703	.697	.35683

Nota: R=Correlación múltiple, R^2=Correlación múltiple cuadrada.

Con relación a los predictores que componen el modelo se encuentran dispuestos en la tabla 8, siendo el de mayor peso estadístico el grafiti, seguido por los pleitos y las armas y por último el de abandono escolar.

Tabla 8. *Coeficientes de regresión del modelo predictivo de la conducta pandilleril*

Subescalas del modelo	b	SE	b*	t	p
Constante	.538	.085		6.312	.000
Grafiti	.331	.033	.545	9.982	.000
Pleitos y armas	.170	.034	.281	4.954	.000
Abandono escolar	.135	.030	.219	4.556	.000
Nota: b=Coeficientes de regresión no estandarizados, SE= Error estándar, b*=coeficientes de regresión estandarizados, t=Distribución t de student, p=probabilidad.					

Con los análisis estadísticos realizados se obtuvieron las diferencias estadísticamente significativas a través de las comparaciones en los grupos tanto de la conducta pandilleril como la disocial; también se pudo conocer la correlación entre ambas y los predictores de dicha conducta pandilleril.

III.6. Discusión

A pesar de que las conductas pandilleril y disocial son frecuentes en los adolescentes y comparten características similares (MORAL y PACHECO, 2011; RAMÍREZ, *et al.*, 2019), hay carencia de estudios sobre las mismas. La investigación sobre pandillerismo es compleja de entender por ese carácter intergrupal que se da entre los miembros de la pandilla, es complicado tener apertura para el conocimiento de sus relaciones, lo que implica que los investigadores sobre el tema deben tener mucha cercanía con el fenómeno.

Suele suceder que los adolescentes que llegan a participar en el estudio como en este caso, la cantidad que indica ser pandillero es mínima, eso limita al obtener mejores resultados y al ampliar la comprensión de la problemática desde otros métodos, técnicas e instrumentos. Afecta también los criterios de validez y confiabilidad de los instrumentos, ya que se tiene que buscar a los participantes, incluso citando nuevamente el procedimiento llevado a cabo en esta investigación, las aplicaciones se hacen donde se encuentren los adolescentes.

Otra de las cuestiones es el rol que juegan los factores y la elección de cuál conducta es la que predice a la otra, el pandillerismo es relacionado con varias problemáticas que lo mantienen en una postura anterior o posterior. La conducta disocial es considerada como adaptativa y se relaciona con muchas variables, en donde la pandilla acentúa esa disocialidad (MORAL y ORTIZ, 2011a; ORTIZ y MORAL, 2011; MORAL y ORTIZ, 2011b). Desde este punto de vista es que se decidió considerar la conducta pandilleril producto de una multiplicidad de factores (HILL, HOWELL, HAWKINS y BATTIN-PEARSON, 1999), varios expuestos en forma de conductas disociales.

De ahí se estrecha el símil entre la teoría y los resultados, un ejemplo de ello es la influencia del ambiente escolar en la participación en pandillas (DISHION, NELSON y YASUI, 2010; HILL, HOWELL, HAWKINS y BATTIN-PEARSON, 1999; PUBLIC SAFETY CANADA, 2007; OFFICE OF JUVENILE JUSTICE AND DELINQUENCY PREVENTION, 2010) pues en los análisis de regresión lineal múltiple uno de los predictores es el abandono escolar. En el análisis se encuentra también el grafiti como uno de los predictores de la conducta pandilleril, lo que es admisible pues ambas comparten esa variable, esto puede suceder por la relación entre los instrumentos y se puede constatar en la prueba de coeficiente producto-momento de Pearson, pues las conductas como ya se indi-

có, comparten muchas características, aunque no necesariamente siempre sucede lo mismo, ya que el abandono escolar correlacionó poco y entró también como predictor en el modelo; el tercer predictor es el de pleitos y armas, en la teoría no se encontró algo relacionado, sin embargo, es una de las consideraciones que pudieran tener investigaciones a futuro.

Habiendo cumplido con los objetivos propuestos en función a esta comparación de grupos, la correlación estadística y la predicción entre las conductas, tanto la pandilleril como la disocial, asumiendo la falta de una mayor base teórica para el contraste de resultados, se debe seguir indagando en la razón por la cual se están dando en un mayor nivel en hombres ambas conductas, así mismo, comprender por qué el pertenecer a una pandilla, el tener tatuajes y la práctica de grafiti hacen la diferencia conductual entre los adolescentes. Para terminar, se pone a reflexión el retomar en intervención estas tres grandes áreas que están prediciendo la conducta pandilleril: el grafiti, pleitos y armas, abandono escolar.

IV. Lista de referencias

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2014). "Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-52. Editorial Médica Panamericana. España.

BENDIXEN, M., ENDRESEN, I. M. y OLWEUS, D. (2006). "Joining and leaving gangs: selection and sacilitation effects on self-reported antisocial behaviour in early adolescence". *European Journal of Criminology,* 3, 85-114. Doi: 10.1177/1477370806059082.

DISHION, T. J., NELSON, S. E. y YASUI, M. (2005). "Predicting early adolescent gang involvement from middle school adaptation". *Journal of Clinical Child and Adolescent Psychology,* 34, 62-73. doi: 10.1207/s15374424jccp3401_6.

HARPER, G. W., DAVIDSON, J. y HOSEK, S. G. (2008). "Influence of gang membership on negative affect, substance use, and antisocial behavior among homeless african american male youth". *American Journal of Men's Health,* 2, 229-243. doi: 10.1177/1557988307312555.

HERRERA, J., VEGA, J. M. y SERVÍN, B. A. (2015). "Conducta antisocial y pandillas: exploración de efectos del modelamiento conductual durante la infancia". *Investigación y Ciencia,* 23, 47-55.

HILL, K. G., HOWELL, J. C., HAWKINS, J. D. y BATTIN-PEARSON, S. R. (1999). "Childhood risk factors for adolescent gang membership: results from the seattle social development project". *Journal of Research in Crime and Delinquency,* 36, 300-322. Doi: 10.1177/0022427899036003003.

LAHEY, B. B., GORDON, R. A., LOEBER, R., STOUTHAMER-LOEBER, M. y FARRINGTON, D. P. (1999). "Boys who join gangs: a prospective study of predictors of first gang entry". *Journal of Abnormal Child Psychology,* 27, 261-276.

MORAL, J. y PACHECO, M. E. (2010). "Consistencia interna y validación de la estructura factorial de la Escala de Conducta Disocial (ECODI27) en tres muestras distintas". *Anuario de Psicología Jurídica,* 20, 15-29. Doi: 10.5093/jr2010v20a3.

MORAL, J. y PACHECO, M. E. (2012). "Segunda revisión de la escala de conducta disocial: el factor del grafiti". *PSICUMEX,* 1, 21-46.

MORAL, J. y ORTIZ, H. (2011a). "Un modelo predictivo de conducta disocial por análisis de senderos". *Anuario de Psicología Jurídica,* 21, 27-40. Doi: 10.5093/jr2011v21a3.

MORAL, J. y ORTIZ, H. (2011b). "Modelos predictivos de conducta disocial por sexos en dos colonias populares". *Salud Mental,* 34, 227-235.

Organización Mundial de la Salud (2016). Violencia juvenil. Recuperado de https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/youth-violence.

ORTIZ, H. y MORAL, J. (2011). "Predicción de conducta disocial en dos colonias con alto índice de pandillerismo y delincuencia". *Psicología y Salud,* 21, 185-194.

PUBLIC SAFETY CANADA. (2007). "Youth gang involvement: What are the risk factors?". Recuperado de https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/yth-gng-nvlvmnt/index-en.aspx.

RAMÍREZ, K. M., FONSECA, O., FUERTE, J. G., GARCÍA, J. U. y MUÑOZ, J. A. (Abril, 2019). "Diseño y validación psicométrica de la escala de conducta pandilleril en adolescentes". Trabajo presentado en la conferencia del Consejo Nacional para la Enseñanza e Investigación en Psicología, Querétaro.

SCANDROGLIO, B., LÓPEZ, J. y SAN JOSÉ, M. C. (2008). "Pandillas: grupos juveniles y conductas desviadas. La perspectiva psicosocial en el análisis y la intervención". *Electronic Journal of Research in Educational Psychology,* 6, 65-94.

TAYLOR, T. J., PETERSON, D., ESBENSEN, F-A. y FRENG, A. (2007). "Gang membership as a risk factor for adolescent violent victimization". *Journal of Research in Crime and Delinquency,* 44, 351-380. Doi: 10.1177/0022427807305845.

U.S. Department of Justice (1998). Gang membership, delinquent peers, and delinquent behavior. Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. Recuperado de https://www.ncjrs.gov/pdffiles/171119.pdf

U.S. Department of Justice (2010). Gang prevention: an overview of research and programs. Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. Recuperado de https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/231116.pdf.

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

LAS DECISIONES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

SISTEMA JURÍDICO, VALORACIÓN PROBATORIA Y RAZONABILIDAD

Mariano R. La Rosa

2021

1 Tomo
Disponible en
papel y eBook.

Esta obra contiene el tratamiento sobre la valoración de la prueba y la fundamentación de las resoluciones judiciales en el sistema penal.

Siguiendo las obras que el autor trabajó anteriormente (Debido Proceso Penal, Excarcelación), este aporte suma todo lo referente a la valoración de la prueba y las resoluciones judiciales, que es de vital importancia para la resolución de los procesos penales.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

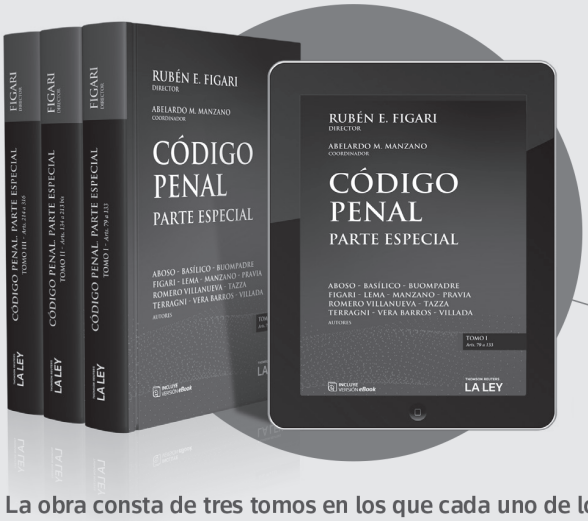
THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

CÓDIGO PENAL
PARTE ESPECIAL

2021

Director: **Rubén E. Figari**
Coordinador: **Abelardo M. Manzano**



3 Tomos
Disponibles en
papel y eBook.

La obra consta de tres tomos en los que cada uno de los comentaristas se ha expresado en forma libre, conforme a su punto de vista vertido en su respectivo título, realizando un análisis dogmático de cada uno de los artículos de la Parte Especial del Código Penal, complementado con fallos jurisprudenciales a tono con cada tema tratado.

Por su claridad y lenguaje accesible, está destinada tanto a magistrados, funcionarios judiciales, profesores, abogados y estudiantes de Derecho.

En este libro se intenta generar opiniones y reflexiones, debatir ideas, contraponer diferentes puntos de vista, censuras y críticas, lo cual es esencialmente necesario para la evolución y enriquecimiento del conocimiento jurídico.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY™

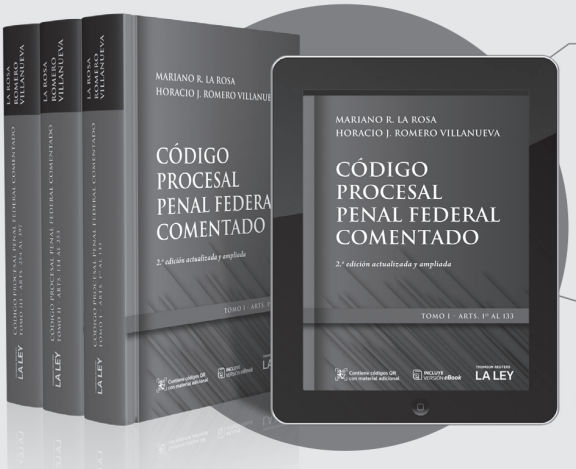
Información confiable
que avala sus argumentos.

CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL COMENTADO

2021

2.ª edición actualizada y ampliada

Mariano R. La Rosa • Horacio J. Romero Villanueva



Esta obra **contiene códigos QR** con material adicional.

3 Tomos
Disponibles en papel y eBook.

Esta segunda edición consta de tres tomos y mantiene la máxima actualidad y la sistemática de la edición anterior, teniendo en cuenta los caracteres del nuevo ordenamiento que próximamente estará vigente en toda la nación.
La obra conserva la actualización en sus comentarios y aporta la jurisprudencia y doctrina aplicables a los temas que aborda un código de corte acusatorio, el cual ya se encuentra vigente en Jujuy y Salta y que próximamente lo estará en Mendoza, Córdoba y Santa Fe. Esta publicación pretende ser un elemento de consulta para todos los operadores del sistema penal y para aquellos que deseen estudiar este modelo adversarial acusatorio que promete ser un paradigma totalmente renovador del proceso penal argentino.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam